

SUÇ^{VE}CEZA

CEZA HUKUKU DERGİSİ

HAKEMLİ VE BİLİMSEL BİR DERGİDİR.

Cilt: 14 | Sayı: 3 | Eylül 2021

TCHD

TÜRK
CEZA HUKUKU
DERNEĞİ
TARAFINDAN
ÜÇ AYDA BİR
YAYIMLANIR.

Suç ve Ceza dergisi
TÜBİTAK ULAKBİM TR Dizin'de
yer almaktadır


TÜBİTAK
ULAKBİM

SUÇ VE CEZA
CRIMEN E POENA

CEZA HUKUKU DERGİSİ

ISSN: 1308-0474
E ISSN: 2687-3044

Sahibi

Türk Ceza Hukuku Derneği İktisadi İşletmesi adına

Av. Mehmet İpek (İstanbul Barosu, mehmet@ias-partners.com)

Genel Yayın Yönetmeni

Prof. Dr. Köksal Bayraktar (Galatasaray Üniversitesi Emekli Öğretim Üyesi,
info@bayraktarhukuk.com)

Sorumlu Müdür

Av. Mehmet Oral (İstanbul Barosu, mehmet.oral@libertehukuk.com)

Yayın Kurulu

Doç. Dr. Güçlü Akyürek (MEF Üniversitesi, akyurekg@mef.edu.tr)
Dr. Öğr. Üyesi Mualla Buket Soygüt Arslan (İstanbul Bilgi Üniversitesi, buket.arslan@bilgi.edu.tr)
Av. Tuğçe Duygu Köksal (İstanbul Barosu, tugceduygukoksal@gmail.com)
Arş. Gör. Aras Turay (İstanbul Bilgi Üniversitesi, aras.turay@bilgi.edu.tr)
Arş. Gör. Yeşim Yılmaz (Altınbaş Üniversitesi, yesim.yilmaz@altinbas.edu.tr)
Av. Müşerref Gözde Zehir (İstanbul Barosu, gkaya@yakalin.av.tr)

Danışma Kurulu

Prof. Dr. Duygun Yarsuvat (Yeditepe Üniversitesi)
Prof. Dr. Köksal Bayraktar (Galatasaray Üniversitesi Emekli Öğretim Üyesi)
Prof. Dr. Erdener Yurtcan (İstanbul Üniversitesi Emekli Öğretim Üyesi)
Prof. Dr. Timur Demirbaş (Yaşar Üniversitesi)
Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu (Bahçeşehir Üniversitesi)
Prof. Dr. Türcan Yalçın (Ankara Üniversitesi)
Doç. Dr. Güçlü Akyürek (MEF Üniversitesi)
Doç. Dr. Hasan Sınar (Altınbaş Üniversitesi)
Doç. Dr. Koray Doğan (Dokuz Eylül Üniversitesi)
Doç. Dr. Güneş Okuyucu (Ankara Üniversitesi)
Doç. Dr. Eylem Ümit Atılğan (Yakın Doğu-Girne Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Sinan Altunç (Bahçeşehir Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Asuman Aytekin İncoğlu (İstanbul Bilgi Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Banş Erman (Yeditepe Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Mualla Buket Soygüt Arslan (İstanbul Bilgi Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Onur Kaplan (Yaşar Üniversitesi)
Dr. Öğr. Ü. Hakan Kızıllarlan (Ufuk Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Öğr. Üyesi Ayşe Nilay Şenol (Yakın Doğu-Girne Üniversitesi)
Av. Kemal Kumkumoğlu (İstanbul Barosu)
Av. Fikret İlkiz (İstanbul Barosu)
Av. Hasan Fehmi Demir (İstanbul Barosu)
Av. Dr. Salih Oktar (İstanbul Barosu)

Copyright Türk Ceza Hukuku Derneği

- Türk Ceza Hukuku Derneği yayınıdır

Yayınlanma Aralığı

- Üç ayda bir yayınlanır

Yayın Dili

Türkçe

İletişim Adresi

Türk Ceza Hukuku Derneği
Lale Sokak, No: 15 1. Levent – İstanbul

E-Posta

bilgi@tchd.org.tr

Basım Yeri

Vadi Grafik Tasarım ve Reklamcılık Ltd. Şti.
İvedik Organize Sanayi 1420. Cadde No: 58/1
Yenimahalle / Ankara
Tel: (0312) 395 85 71-72 (Sertifika No. 47479)

Basım Tarihi

Eylül 2021

Dergimiz Hakkında

“Suç ve Ceza Dergisi” yıllar önce, 2008’de yayınlanmaya başladı. O tarihlerde Türk Ceza Hukuku Derneği’nin Yönetim Kurulu, gerçekleştirdikleri pek çok önemli etkinlikle birlikte düzenli yayın hareketinin de olumlu olabileceği düşüncesi ile bu girişimde bulundular. Amaçları Ceza Hukukundaki yenilikleri Hukuk Dünyasına tanıtmak, önemli konuları tartışmak, genç hukukçuların görüşlerine yer vermek ve onları desteklemektir...

Bugün Dergi, on yaşını aşmıştır. Amacımız gene aynıdır. Yenilikleri aktarmak, tartışmak, gençlerle birlikte çalışmak... Bunlara, çağdaş hukuk yolunda çabalarda bulunmayı da ekleyebilirsiniz.

Önemli olan bu amaca erişmek için girişilen çabaların hep özgür bir ortamda gerçekleşmesi, düşünce ve görüşlerin özgürlüğe giden süreci oluşturmasıdır.

Dergi hep bu görüşlerle okuyucuya erişmek istemektedir.

Dergimizin bu sayısı Prof. Dr. Duygun Yarsuvat’ın kaybindan duyulan büyük üzüntü içerisinde hazırlanmış ve yayınlanmıştır. Prof. Dr. Duygun Yarsuvat, dergimizi yayınlayan Türk Ceza Hukuku Derneği’nin kurucu üyesi ve bir dönem başkanlığını yapmış seçkin bir bilim insanı idi. Kuruluş yıllarında gerçekleştirilen sempozyumlar, açık oturumlar, büyük bilimsel toplantılar, yayınlanan kitaplar içerisinde Duygun Yarsuvat’ın büyük emekleri vardı. Öyle ki, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı ve Üniversite Rektörlüğü döneminde Türk Ceza Hukuku Derneği pekçok toplantısını Üniversite’de yaptığı gibi ünlü Pazartesi toplantıları onun zamanında başlamıştı. Nice avukat ve genç hukukçular düşünce ve yorumlarını özgür bir ortam içerisinde bu toplantılarda ileri sürmüşlerdi. İstanbul Barosu ve Türkiye Gazeteciler Cemiyeti ile yakın bir ilişki ve işbirliği Sayın Yarsuvat döneminde gerçekleştirilmeye başlanmıştı. Bunların yanı sıra açık görüşlülüğü, çağdaş tutumu, bilimi hep önde tutan davranışları ile Yarsuvat unutulmayacak bir kişi olarak daima anılacaktır.

Bunların yanısıra Türk Ceza Hukuku Derneği’nin İstanbul’da düzenlediği XVIII. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi’nin hazırlanmasında ve gerçekleştirilmesinde Sayın Yarsuvat’ın unutulmaz çalışmaları vardır.

Gerek Türk Ceza Hukuku Derneği üyeleri ve gerekse Suç ve Ceza Dergisi’nin yönetici ve yazarları olarak Prof. Dr. Duygun Yarsuvat’ın önünde sevgi ve saygı ile eğildiğimizi ve bunun hep bu şekilde devam edeceğini belirtmek isteriz.

Suç ve Ceza

Duygun Yarsuvat Hocamız ve Gözyaşı Yolu

Duygun Hocamızı sonsuzluğa uğurladık...

Kim nasıl bilirdi, nasıl tanırdı bilmem ama, adları bende saklı bir iki arkadaşım bizler çok severdik onu; çok sayardık, sözünü dinlerdik.

Bizi kapısından hiç geri döndürmedi, hiç geri çevirmedi. Ne istediyssek hep yaptı.

Sadece bu yüzden değildir sevgimiz! Bizlere çok şey öğretti, bizlere değer verdi. Ne kadarını hakkedebildiysek o kadarını ne bir gram az ne bir gram çok!

Peki nedir? Ne diyecek acaba diye gözünün içine bakar beklerdik.

Ceza hukuku mu? Değil! Spor kulübüyle ilgili bir şey mi; değil?

Bütün bunları da öğretti kuşkusuz. Ama insan olmayı, insan onurunu korumayı ve insana saygılı olmanın şart olduğunu ondan öğrendik.

Kısaca insana dair ne varsa öğretisinde bizlere öğretti; sevgimizin aslı budur.

Bir de gerçek neyse, hangi hakikatin emrettiği adaletse; o kadar vicdan, hukuk ve adalet...

Hocamıza ve onun öğretilerine saygı ve vefa borcumuz vardır.

Gülmeyi ve gülümsemenin kıymetini ondan öğrenmeye çalıştık; ciddiyetin de!

Beceremiyoruz bir türlü; o gözleriyle gülebilen nadir insanlardandı. Gülümsemesine, gülmesinin içtenliğine ve baka kalırdık yüzüne. Sonra kahkahalarına hayran...Hala kulaklarımızdadır sesi, gülen gözleriyle gülümsemeleri gözümüzün önünde!

Çok zor unutulacak! Yas tutan arkadaşlarımla hakkını nasıl öderiz bilmem...

Zor unutulur dedikleri, sözleri, gülümsemesi ve içtenliği; bu denli mütevazı halleri...

Kimseler yoktu, o vardı! İkiletmedi, avukat olduğuna inananların avukatlığına inanırdı!

Zor zamanlardı, o vardı! "Sizlerle birlikte duruşmaya katılırim ve yanınızda dururum" dediği zamanlarda cüppesini giydi, geldi ve duruşmaya katıldı.

Protesto vaktiydi, vardı! Adalet için nöbete geldi, nöbetteydi. Sokaktaydı koskoca profesör, komşular ne der diye düşünmedi; en çok avukatlığı sevdi ve önce insandı.

Şimdi onun ardından, onu uğurladıktan sonra Çerekoler gibiyiz... Yas zamanıdır.

* *
*

Çerokiler asıl yurtları Amerika Birleşik Devletleri olan ve *beyazlarca* yurtlarından zorla sürülerek platolarda yaşamaya mahkûm edilen Kızılderili halkıdır.

Gözyaşı Yolu (Trail of Tears), 1838'de Çerokilerin sürgün edilmeleridir. Çeroki dilinde bu olaya *Nunna daul Tsuny* (*Gözyaşı Döktüğümüz Yol, Gözyaşı Yolu*) denir. Sürgünde 4 bin Çeroki yaşamını yitirmiştir.

Şimdi onun ardından Gözyaşı Yolu'nun sakinlerine benziyoruz, onlar gibiyiz.

Şimdi bu hazin hikâye nerden aklıma düştü?

Çok güzel sözleri var Cherokee yerlilerinin ...

Yaşam ve ölüme dair, ağlamakla memnuniyet üzerine...

Derler ki;

Doğduğunda sen ağladın ama dünya çok memnundu, öyle bir hayat yaşa ki sen öldüğünde bütün dünya ağlasın!¹

Öyle bir hayat yaşadı Duygun Hocamız... İnandığı gibi yaşadı, "öyle bir hayatı" oldu...

Öldüğünde, bütün dünya ağlasın!

Ve *Gözyaşı Yolunda* Cherokee'lerin sözüdür aklıma gelen ve aslında tamamı şöyle biter:

"Doğduğunda sen ağladın ama dünya çok memnundu, öyle bir hayat yaşa ki sen öldüğünde bütün dünya ağlasın, ama sen çok memnun ol."

Hocam, seni uğurladık...Arkandan birkaç arkadaşımla birbirimizden saklı gözyaşı döktük...

Ağladık diye bize kızma; ama sen çok memnun ol! Öyle istediğimiz içindir gözyaşlarımız.

Sen çok memnun ol ve ışıklar içinde kal. Bizler unutmayacağız; sen öğrettin bizlere...

Biz dünyayız...

Fikret İlkiz

1 Bu sözü ilk defa gazeteci Mehmet Tezkan'dan bir televizyon programında ondan duydum. Sonra sözün peşine düştüm.

Derneğimiz kurucu üyelerinden Av. Önder Öztürel'in vefatını öğrenmenin üzüntüsü içerisindeyiz. Ailesine, yakınlarına ve hukuk camiasına başsağlığı dileriz.

Av. Önder Öztürel'in, dernek üyemiz Av. Naime Kılıç tarafından kaleme alınan biyografisini okuyucuya takdim ediyoruz.

ÖNDER ÖZTÜREL; 24 Eylül 1937'de Cerrahpaşa da doğdu. Pertevniyal Lisesi'ni bitirdikten sonra İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne yazıldı. Maddedi sıkıntılar nedeniyle üniversite eğitimine devam edemeyince Emniyet teşkilatına katılarak polis oldu. Bu meslekte 10 yıl hizmet verdi. 1960 lı yıllarda İstanbul Emniyet Müdürlüğü bünyesinde yeni oluşturulan Mali Şube'nin kurucuları arasında yer aldı. Yeniden en büyük ideali olan İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne girerek hem çalışıp hem okudu ve 1968 yılında mezun olup polislikten istifa ederek avukat oldu. Polislik mesleğindeki deneyim ve birikimleri hukuk sistemimiz içinde 'ceza hukuku' alanını seçmesinde büyük bir rol oynadı. 50 yıl 'ceza avukatı' olarak çalıştı. Çeşitli üniversitelerde, barolarda dersler ve konferanslar verdi, gazete ve dergilere makaleler yazdı.

Uluslararası Ceza Hukuk Birliği'nin Türkiye kolu olan Türk Ceza Hukuku Derneği'nde yönetim kurulu üyeliği, BJK spor klübü divan kurulu üyeliği yapmış, çeşitli dernekler ve sivil toplum örgütlerinde üye, yönetici olarak yer almıştır.

Mütevazı eğitim hayatını hep kendi imkanları, merakı, zekası, hayalgücü, disiplini ve çalışkanlığı ile zenginleştirdi. Fransızca öğrendi. Spora ilgisi nedeniyle lise yıllarında amatör olarak futbol oynadı. Felsefe ve edebiyata özel bir merakı ve ilgisi vardı. Okumayı sevdiği kadar yazmayı da çok sevdi. 'YÜRÜYOMUYUZ', 'ŞU BİZİM KAAVE' ve 'Ve bir kaşık da mizah ekledik' adlı üç öykü kitabı vardır. Bir çocuk iki torun sahibiydi. 24 Haziran 2021 de vasiyet ettiği gibi doğduğu semtteki Cerrahpaşa Camiinden sonsuzluğa uğurlandı. Ruhu şad olsun.

İçindekiler

Hakemli Araştırma Makaleleri

- ÜNİVERSİTELERDE CİNSEL ŞİDDET:
DENEYİM VE MÜCADELEYE DAİR BİL(ME)
DİKLERİMİZ **457**
- SEXUAL VIOLENCE AT UNIVERSITIES:
WHAT WE DO(NOT) KNOW ABOUT
EXPERIENCE AND PREVENTION* Seda KALEM
- TERÖRLE MÜCADELEDE GÖREV ALMIŞ
KAMU GÖREVLİSİNİN HÜVİYETİNİN
AÇIKLANMASI, YAYINLANMASI VE HEDEF
GÖSTERİLMESİ SUÇU (TMK Md. 6/1.) **483**
- CRIME OF DISCLOSING, PUBLISHING OR
TARGETING OF THE PUBLIC OFFICIALS
THAT SERVED IN THE STRUGGLE AGAINST
TERRORISM (TMK Art. 6/1)* Timuçin KÖPRÜLÜ
- TÜRK CEZA HUKUKU AÇISINDAN 1858
TARİHLİ OSMANLI CEZA KANUNU **529**
- THE PERSPECTIVE OF TURKISH CRIMINAL
LAW AND OTTOMAN CRIMINAL CODE OF
1858* Zeki YILDIRIM
- KAMU GÖREVLİSİNE KARŞI GÖREVİNDEN
DOLAYI HAKARET SUÇU İLE DEVLETİN
YARGI ORGANLARINI, ASKERİ, EMNİYET
TEŞKİLATINI ALENEN AŞAĞILAMA SUÇU
ARASINDAKİ İLİŞKİ ÜZERİNE BİR İNCELEME **573**
- AN EXAMINATION ON THE RELATIONSHIP
BETWEEN INSULTING AGAINST A PUBLIC
OFFICER AND PUBLICLY DEGRADING
JUDICIAL BODIES, MILITARY, SECURITY
ORGANISATIONS OF THE STATE* Özge DEMİR
- TERÖRÜN FİNANSMANINA İLİŞKİN
DÜZENLEMELERİN TEMEL HAK VE
ÖZGÜRLÜKLER ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ **599**
- EFFECTS OF THE ANTI-TERRORISM
FINANCING RULES ON FUNDAMENTAL
RIGHTS AND FREEDOMS* Tuğçe Duygu KÖKSAL

ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİNİN
TARTIŞMALI AFGANİSTAN KARARI
BAĞLAMINDA ‘ADALETİN TECELLİSİNE
HİZMET ETME’ KRİTERİ

*‘THE INTEREST OF JUSTICE’ CRITERION
IN THE CONTEXT OF CONTROVERSIAL
AFGHANISTAN DECISION OF THE ICC*

655

Muhammet Mete DERVİŞ

Hakemsiz Makaleler

ORMAN YANGINLARI VE DİĞER ORMAN
SUÇLARINA HUKUKİ BAKIŞ

*LEGAL OVERVIEW OF FOREST FIRES AND
OTHER FOREST CRIMES*

671

Candaş GÜROL
Esin YALÇIN
Rohat KIRAK
Yusuf GÜRLEYEN
Ahmet Emre AKTAŞ
Simay Tuana KASAP

ÜNİVERSİTELERDE CİNSEL ŞİDDET: DENEYİM VE MÜCADELEYE DAİR BİL(ME)DİKLERİMİZ*

Doç. Dr. Seda KALEM**

Özet

Bu çalışma, üniversitelerde cinsel şiddet deneyimlerine ve bu şiddetle mücadele etme biçimlerine dair bir durum tespiti yapmayı amaçlamaktadır. Bu amaç doğrultusunda, çalışmada önce kısa bir kavramsal giriş sunulacak, daha sonra son dönemlerde bazı araştırmaların üniversitelerde cinsel şiddet deneyimlerine dair ortaya koydukları özetlenecek ve bu şiddet biçimiyle mücadele etme yöntemlerine ve mekanizmalarına kısaca değinilecektir. Bu çerçevede çalışmanın, kadına yönelik şiddetin bir türü olarak tanımlanan cinsel şiddetin hem yurt dışı hem de Türkiye üniversitelerinde ortaya çıkış biçimlerine ve bu şiddetle kurumların mücadele etme yöntemlerine ilişkin genel bir tarama yapan açıklayıcı bir çalışma olması hedeflenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Kadına Yönelik Şiddet, Cinsel Şiddet, Toplumsal Cinsiyet Temelli Şiddet, Cinsel Taciz ve Saldırı, Üniversitelerde Cinsel Şiddet

SEXUAL VIOLENCE AT UNIVERSITIES: WHAT WE DO(NOT) KNOW ABOUT EXPERIENCE AND PREVENTION

Abstract

This study aims to offer an analysis of the situation of sexual violence at universities focusing on experiences and the ways in which university administrations approach the matter. Within this context,

* Hakemli Makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 30/07/2021. İlk hakem raporu tarihi: 09/08/2021. İkinci hakem raporu tarihi: 17/08/2021.

** İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, seda.kalem@bilgi.edu.tr, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-2404-9429.

following a brief conceptual introduction, data from universities on experiences of sexual harassment and assault and the available mechanisms to fight against this specific type of violence will be summarized. In this sense, taking sexual violence against women as a specific form of gender based violence, the study aims to be a descriptive and informative piece on sexual violence and prevention mechanisms at higher education institutions from around the world and in Turkey.

Keywords: Violence Against Women, Sexual Violence, Gender Based Violence, Sexual Harassment and Assault, Sexual Violence at Universities

I. Kadına Yönelik Şiddet Biçimi Olarak Cinsel Şiddet

Birleşmiş Milletler Kadınlara Yönelik Şiddetin Ortadan Kaldırılmasına Dair Bildirge (1993) md. 1/ kadınlara yönelik şiddeti şöyle tanımlar: *«ister kamusal ister özel hayatta olsun bu tür eylemlerle tehdit etme, zorlama veya özgürlükten keyfi olarak yoksun bırakma dâhil olmak üzere, kadınlara fiziksel, cinsel veya psikolojik zarar veya acı verme sonucu doğuran veya bu sonucu doğurması muhtemel olan, cinsiyete dayalı her türlü şiddet eylemi»*.¹ Kadına yönelik şiddet, erkeklerin kadınlara sırf kadın oldukları için, toplumsal cinsiyet normlarından güç alarak ve ataerkil düzenin sağladığı imtiyazlar ve iktidar araçları üzerinden, sistematik olarak uyguladıkları ve yapısal olarak devam ettirilen şiddettir. Bu haliyle, kadına yönelik şiddet kendi içinde bir olgudur ve diğer şiddet biçimlerinden ayrılır.² Benzer bir olgusalılık kadın cinayetleri tanımlamasında da söz konusudur. Bu cinayetler de erkeklerin kadınları psikolojik, tıbbi ve/veya herhangi bir kişisel sebepten ötürü değil, iktidarlara toplumsal, siyasi ve hukuki mekanizmalar tarafından beslendiği ve yüceltildiği için, erkek egemen kültür buna izin verdiği için, yani yapabildikleri için öldürmeleri anlamına gelir.

1 Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, *Kadınlara Yönelik Şiddetin Ortadan Kaldırılmasına Dair Bildirge*, 20 Aralık 1993.

<https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/belge/uluslararası_belgeler/kadına_karsi_siddet/BM%20Kad%C4%B1na%20Kar%C5%9F%C4%B1%20%C5%9Eiddetin%20Ortadan%20Kald%C4%B1r%C4%B1lmas%C4%B1na%20Dair%20Bildirgesi%2020.12.1993.pdf> (Erişim tarihi: 27.7.2021)

2 ERTÜRK Yakın, *Kadına Şiddet Olgusunu Kuramsallaştırmak*, Suç ve Ceza, 13(2), 2020, s. 1-16.

Russell, bugün literatüre *femicide* (kadın cinayeti) olarak geçen kavramın ilk olarak 1801 yılında cinayet mağdurunun bir kadın olduğu durumlar için kullanıldığını belirtir.³ Ancak bu kullanım, mağduriyetin dar bir biyolojik cinsiyetlendirilmesinden öteye gitmez.⁴ Kavramın bugünkü kullanımı ise 1970’lerde ikinci dalga feminist hareketin kadın tecrübelerini görünür kılmak adına tekrar dolaşıma soktuğu, 1990’larda ise üçüncü dalganın şiddet karşıtlığı etrafında kurulan eylemselliği bağlamında daha da görünür hale gelen şeklidir. Bu tanım, fail-mağdur ilişkisinin toplumsal cinsiyet eksenli bir analizini içerir ve kadınların sırf kadın oldukları için erkekler tarafından sistematik şiddete maruz bırakıldıklarına işaret eder. Nitekim Dünya Sağlık Örgütü de 2012 yılında yaptığı tanımda, kadın cinayetlerinin, kadınların sırf kadın oldukları için nefret öznesi olmaları ve bu nefretten ötürü öldürülmeleri anlamına geldiğini belirtir.⁵ Bu anlamda, bugün kullanılan kadına yönelik şiddet ve kadın cinayetleri tanımları, şiddetin merkezine toplumsal cinsiyet eşitsizliğini koyarak, esasen şiddetin sistematik yapısını, ataerkil ve heteronormatif iktidar ile olan bağını, sosyo-kültürel ve politik bağlamdan bağımsız düşünülemediğini vurgulayan kavramsal bir çerçeve sunarlar.

Kadına yönelik şiddetin en ağır biçimlerinden birisi de cinsel taciz ve saldırıdır.⁶ En genel tanımıyla, kişinin kendi rızası dışında maruz bırakıldığı her türlü cinsel içerikli söz ve davranışı ifade eden bu şiddet türü, aynı zamanda mevcut toplumsal cinsiyet düzeninin “he-

- 3 Terimin 19. yüzyılın başında dahi kullanıldığına ilişkin başka örnekler için bkz. MANJOO Rashida, *Report Of The Special Rapporteur On Violence Against Women, Its Causes and Consequences*, United Nations General Assembly, Human Rights Council, 2015. <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/A.HRC.20.16_En.pdf> (Erişim tarihi 27.7.2021)
- 4 RUSSELL Diana E. H., ‘Femicide: Politicizing the Killing of Females’, *Strengthening Understanding of Femicide: Using Research to Galvanize Action and Accountability* içinde, Seattle, WA: PATH, 2008, s. 26-31.
- 5 World Health Organization, *Understanding and Addressing Violence Against Women*, 2012. <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/77421/WHO_RHR_12.38_eng.pdf;jsessionid=040BC3E1C7992E4206755F2C6D4FC8A6?sequence=1> (Erişim tarihi 27.7.2021).
- 6 Yazıda cinsel taciz ve cinsel saldırı kavramlarını 5237 sayılı Türk Ceza Kanunundaki tanımlara atıfla kullanıyorum. Bkz. TCK md. 102-105. Öte yandan, yazı içerisinde hem tacize hem saldırıya işaret etmek istediğim durumlarda daha kapsayıcı olarak *cinsel şiddet* kavramını kullanıyorum. Bu kavramı kanunda geçmemesine rağmen kapsayıcı bir kavram olmasından ötürü tercih ediyorum. Ayrıca bu kavramı kullanmayı cinselliğin bilfiil şiddetin aracı olabildiğine işaret ettiği için de önemli buluyorum. Bu kullanıma dair önerilerinden ve yazının ilk taslağına ilişkin görüşlerinden ötürü Cemre Baytok’a teşekkür ederim.

gemonik erkeklik” ile olan ilişkisi ve bu düzenin öngördüğü rollerin gerisindeki güçlü sosyo-kültürel yapı nedeniyle görünür kılınması da en zor şiddet biçimidir.⁷ Örneğin ABD’de 2017 yılında cinsel taciz veya saldırı suçlarının sadece %40’ı polise bildirilirken, 2018 yılında bu oranın %25’e gerilediği görülmüştür.⁸ Cinsel şiddetin görünür kılınmasındaki bu “zorluk” aynı zamanda bu şiddetin -kadına yönelik şiddetin diğer biçimleri gibi- özellikle yakın çevreden gelmesiyle de pekişir. Dünya Sağlık Örgütü’nün bir başka raporuna göre, dünya genelinde kadınların %35’i tanıdıkları ve/veya tanımadıkları erkekler tarafından fiziksel ve/veya cinsel şiddete uğramış, bu kadınların içinde tanımadıkları bir erkek tarafından cinsel şiddet uygulanan kadınların oranının %7 olduğu görülmüştür.⁹ Bu sebeplerle, hem toplumsal yapıyla, normlarla, değerlerle olan bu yakın ilişkisi hem de çoğunlukla yakın çevreden geliyor olması cinsel şiddeti belki de tüm şiddet biçimleri arasında görünmezliği en yüksek şiddet türü yapar. Bir yandan şiddetin ana hedefinin kadının cinselliği olması, bir yandan da şiddet uygulayanın aile, eş, dost, akraba olması cinsel şiddetin ortaya çıkarılmasını daha fazla zorlaştırmaktadır.¹⁰

Öte yandan, özellikle de Türkiye gibi cinsel şiddetin şikâyete bağlı suçlar kategorisinde olduğu hukuk sistemlerinde, mağdurun gerek çevresiyle gerekse yetkililerle paylaşması durumunda karşılaşılabileceği olumsuzluklar bu suçların cezalandırılması önünde de ciddi engeller oluşturmaktadır.¹¹ Nitekim araştırmalar, cinsel şiddet

- 7 CONNELL R. W. ve MESSERSCHMIDT James W., *Hegemonic Masculinity: Rethinking the Concept*, Gender and Society, 19(6), 2005, s. 829-859.
- 8 MORGAN Rachel E. ve OUDEKERK Barbara A., *Criminal Victimization*, US Department of Justice, 2018. <<https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/cv18.pdf>> (Erişim tarihi 27.7.2021)
- 9 World Health Organization, *Global and Regional Estimates of Violence Against Women: Prevalence and Health Effects of Intimate Partner Violence and Non-Partner Sexual Violence*, 2013. <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/85239/9789241564625_eng.pdf;jsessionid=F5C682369E4C3C0A79395B3BC6E7BBC9?sequence=1> (Erişim tarihi 27.7.2021).
- 10 FELSON Richard ve PARE Paul-Philippe, *The Reporting of Domestic Violence and Sexual Assault by Nonstrangers to the Police*, US Department of Justice, 2005. <<https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/grants/209039.pdf>> (Erişim tarihi 28.7.2021).
- 11 YÜKSEL Şahika ve SANER Suzan S., *Cinsel Şiddeti Açıklamak-Açıklamayı Geri Çekmek, Hak Aramak Ve Bariyerler*, Bianet (18 Haziran 2019) <<https://m.bianet.org/bianet/toplumsal-cinsiyet/209422-cinsel-siddeti-aciklamak-aciklamayi-geri-cekme-hak-aramak-ve-bariyerler>> (Erişim tarihi 28.7.2021). Bir suçun takibinin şikâyete bağlı olması, bu suç hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılabilmesi için suçtan zarar gören kişinin şikâyetçi olmasının gerekmesi anlamına gelir. Bu ayrım, bir yandan ceza adalet sistemini aşırı yükten koruma amacı güderken bir yandan da suçun mağduruna da bir öznellik yükler. Diğer yandan, kadına yönelik şiddet vakalarında takibin şikâyete bağlı olması, mağdurun suçu yetkililere

mağduru kadınların bu yaşadıklarını giderek daha az aile içi mesele olarak tanımladıklarını, ancak giderek daha artan bir şekilde faillerin intikamından korktukları için resmi kurumlara şikâyet etmediklerini ortaya koymaktadır.¹² Türkiye’de de resmi veriler eşinin veya birlikte olduğu erkeğin fiziksel ve/veya cinsel şiddetine maruz kalmış kadınların %89’unun resmi kurumlara ve/veya kuruluşlara başvurmadıklarını, bu kadınların sadece %56’sının olayı yakın çevreleriyle paylaştıklarını göstermiştir.¹³

Cinsel şiddetin ortaya çıkarılmasında, önlenmesinde ve bu şiddetle mücadeleyle ilişkin politikalar geliştirilmesinde kurumlara önemli sorumluluklar düşer. Üniversiteler de eşitsiz ilişkileri içlerinde barındıran hiyerarşik kurumlardır ve tam de bu nedenle cinsel şiddetin yaşanmasının kolay ancak ortaya çıkarılmasının zor olduğu yapılardır. Üstelik bu yüksek ihtimal akademik ortama yüklenen anlam ve “eğitilmiş” insana atfedilen değerden dolayı üniversitelerde taciz gibi konuların yaşanmasının mümkün olmadığı inancıyla daha da beslenir. Diğer yandan, günümüzde şiddetin sınırlarının fiziksel olarak çizilemediği de bir gerçektir. Bugün artık *dijital şiddet*¹⁴ diye adlandırılan olgu, şiddetin farklı türlerinin dijital ortamlarda gerçekleşmesine işaret eder ve özellikle de sosyal medya aracılığıyla uygulanan dijital şiddetin de sıklıkla cinsel şiddet görünümünde ortaya çıktığı bilinmektedir.¹⁵ Dijital şiddet de “diğer toplumsal cinsiyete dayalı şiddet şekilleri ile aynı mevcut yapısal eşitsizliklerden ve ayrımcılık-

bildirmemesi sonucunu da doğurmaktadır. Bu sebeple bir suçun şikâyetine bağlı olması tek başına takibini imkansızlaştırmaya da gerek suçun toplumsal ve kültürel bağlamı gerekse de mevcut hukuk sisteminin işleyişindeki sorunlar bu sonucu doğurabilmektedir.

- 12 RENNISON Callie M., *Rape and Sexual Assault: Reporting to Police and Medical Attention, 1992-2000*, US Department of Justice, 2002. <<https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/rsarp00.pdf>> (Erişim tarihi 28.7.2021).
- 13 ERGÖÇMEN Banu A., TÜRKİYİLMAZ Ahmet S. ve ÖZGÖREN Ayşe A., *Kadına Yönelik Şiddet ile Mücadele Yöntemleri, Türkiye’de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması* içinde, T.C. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü, 2014. <<http://www.hips.hacettepe.edu.tr/KKSA-TRAnaRaporKitap26Mart.pdf>> (Erişim tarihi 28.7.2021).
- 14 Aynı olguya ilişkin *siber şiddet*, *çevrim içi şiddet* gibi farklı tanımlamalar da vardır. Makalede dijital şiddet terimi tercih edilmiştir.
- 15 ŞENER Gülüm vd., *Cinsiyetçi Dijital Şiddetle Mücadele Rehberi*, Toplumsal Bilgi ve İletişim Derneği ve Alternatif Bilişim Derneği, 2019, <<https://www.stgm.org.tr/e-kutuphane/cinsiyetci-dijital-siddetle-mucadele-rehberi>> (Erişim tarihi 27.7.2021).

tan kaynaklandığından”¹⁶ gene en muhtemel mağdurları, kadınlar ve hatta ağırlıklı olarak da genç kadınlardır.¹⁷ Nitekim 2014 yılında kadına karşı şiddetin AB ülkeleri arasındaki durumunu tespit etmek üzere gerçekleştirilen bir anket çalışmasında, 15 yaşından beri en az bir kez internet üzerinden cinsel şiddete uğradığını söyleyen kadınların oranının %11 olduğu görülmüştür.¹⁸ Bu kadınların arasında, bu tür bir şiddete maruz kalma ihtimali en yüksek olan yaş grubu ise 18-29 yaş aralığındaki genç kadınlardır ve tam da bu nedenle dijital şiddet üniversite ortamında özellikle sıkça karşılaşılan bir şiddet türüdür. Nitekim, bu yaş grubundaki kadınların %20’si internet üzerinden cinsel şiddete maruz kaldığını söylerken, bu oran 30-39 yaş aralığında bile %13’e gerilemektedir.

II. Üniversitelerde Cinsel Şiddet: Deneyime ve Mücadeleye Dair Bil(me)diklerimiz

Tüm dünyayı saran #MeToo hareketi sayesinde birçok kurumda cinsel taciz ve saldırının gerçekliği ve yaygınlığı gözler önüne serilmiştir.¹⁹ Bu kurumların arasında yüksek öğretim kurumları da vardır.

16 Ibid, s. 6.

17 European Union, *Cyber Violence and Hate Speech Online Against Women*, 2018. <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604979/IPOL_STU\(2018\)604979_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604979/IPOL_STU(2018)604979_EN.pdf)> (Erişim tarihi 27.7.2021). Benzer şekilde 2018 yılında yayımlanan ve dijital ortamdaki şiddet ve nefret söylemine dair literatür taramasını içeren bir çalışmada da cinsel şiddetin özellikle kadınlar ve LGBTQI+ bireylere karşı gerçekleştiği tespiti paylaşılmıştır. HENRY Nicola ve POWELL Anastasia, *Technology-Facilitated Sexual Violence: A Literature Review of Empirical Research, Trauma, Violence & Abuse*, 19(2), 2018, s. 195-208.

18 Fundamental Rights Agency, *Violence Against Women: An EU Wide Survey: Results at a Glance*, 2014. <https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-vaw-survey-at-a-glance-oct14_en.pdf> (Erişim tarihi 27.7.2021). Bu durum, özellikle de Mart 2019’dan beri tüm dünyayı saran COVID 19 salgını döneminde artan internet kullanımıyla daha da ciddi bir hal almıştır. KOEZE Ella ve POPPER Nathaniel, *The Virus Changed The Way We Internet*, New York Times (7 Nisan 2020) <<https://www.nytimes.com/interactive/2020/04/07/technology/coronavirus-internet-use.html>> (Erişim tarihi 27.7.2021). Nitekim salgın döneminde dünya genelinde özellikle de kadınlara ve çocuklara yönelik olarak dijital ortamda gerçekleşen cinsel şiddet vakaları hem sayıca artmış hem de çeşitlenmiştir. UN Women, *Online and ICT* Facilitated Violence Against Women and Girls During COVID-19*, 2020. <<https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2020/brief-online-and-ict-facilitated-violence-against-women-and-girls-during-covid-19-en.pdf?la=en&vs=2519>> (Erişim tarihi 27.7.2021).

19 2017 yılında viral bir hashtag ile tüm dünyanın ilgisini çeken bu hareket esasen 2006 yılında Tarana Burke isimli cinsel şiddet mağduru siyah bir kadın tarafından başlatılmış bir farkındalık ve dayanışma hareketidir OHLHEISER, Abby, *The Woman Behind ‘Me Too’ Knew the Power of the Phrase When She Created It-10 Years Ago*, Washington Post (19 Ekim 2017). <<https://www.washingtonpost.com/news/the-intersect/wp/2017/10/19/the-woman-be->

Özellikle yurt dışında gerçekleştirilen araştırmalar üniversitelerde yaşanan toplumsal cinsiyet temelli şiddetin küresel seviyede ciddi bir sorun olduğunu ortaya koymaktadır. Bu sorunun giderek daha fazla görünür olması, şiddeti önleme ve ortaya çıktığı durumlarda şiddetle mücadele etmek adına atılacak adımların, geliştirilecek politikalar ve mekanizmalar üzerine daha fazla düşünmeyi gerekli kılmıştır. Takip eden bölümde hem yurt dışında hem de yurt içinde üniversitelerde cinsel şiddet deneyimlerine ve bu şiddet olaylarıyla başa çıkma yöntemlerine ve politikalarına dair mevcut bilginin bir özeti sunulacaktır.

A. Yurt Dışında Durum

1. ABD

ABD’de bir kadın tarafından iş yerinde cinsel şiddete ilişkin bir suçlamanın ilk defa dile getirilmesi 1974 yılına rastlar. Üstelik bu iş yeri bir üniversitedir. Cornell Üniversitesinde idari asistan olarak görev yapan Carmita Wood isimli bir kadın, patronu konumunda olan tanınmış bir fizikçinin, kendisini sürekli olarak ellemeye ve öpmeye çalıştığını öne sürmüştür. Bu taciz nedeniyle zamanla sağlığını yitiren Wood, başka bir bölüme transfer edilmeyi ister ancak bu talebi yerine getirilmemiştir. Bunun üzerine işten ayrılmaya karar veren Wood, bu sefer de üniversitenin tacizciye inanması neticesinde kendi iradesiyle işten ayrılmış sayılmış ve tazminat hakkından yararlanırlanmamıştır. Dava sürecinde kadın aktivistler tarafından kullanılan “cinsel taciz” (sexual harassment) ifadesi, kavramı ilk defa medyanın ve kamuoyunun da gündemine taşınmıştır.²⁰ 1977 yılına gelindiğinde üç farklı davada temyiz mahkemelerinden cinsel tacizin cinsiyet ayrımcılığı olduğuna ilişkin kararlar çıkmıştır.

Bu kararlar, 1964 tarihli Medeni Haklar Kanununun iş yerinde çalışanlara yönelik ayrımcılığı düzenleyen Başlık VII’sine dayanır-

hind-me-too-knew-the-power-of-the-phrase-when-she-created-it-10-years-ago/> (Erişim tarihi 27.7.2021).

20 WEBER Peter, *The Depressingly Long History of Sexual Harassment Turning Points: Here’s How We Got to the #MeToo Reckoning*, The Week (27 Kasım 2017). <<https://theweek.com/articles/738873/depressingly-long-history-sexual-harassment-turning-points>> (Erişim tarihi 27.7.2021).

ken, üniversite ortamında öğrencilere yönelik cinsel taciz ise aynı kanunun eğitim hakkının cinsiyete dayalı ayrımcılık neticesinde engellenmesini yasaklayan Başlık IX'una dayanmaktadır.²¹ Bu başlık çerçevesinde yapılan ilk şikayet ise 1977 yılında Yale Üniversitesinde okuyan dört kadın öğrenci ve bir erkek hocadan gelmiştir. Başvurucular, üniversitenin cinsel taciz soruşturmalarını yeterince ciddi şekilde yürütmediğini, bu nedenle de kadın öğrencilerin eğitim hakkının engellendiğini öne sürmüşlerdir ancak içlerinden sadece Pamela Price isimli öğrencinin şikayeti dava konusu olarak ele alınmıştır.²² Süreç 1979 yılında Yale Üniversitesi lehine sonuçlansa da, dava ABD'de eğitimde cinsiyete dayalı ayrımcılığı gündeme taşıyan ve akabinde üniversitelerin bu konuda politikalar geliştirmelerini tetikleyen tarihi bir gelişme olarak kabul edilmiştir.²³ 1997 yılında toplumsal cinsiyet eşitliği konusunda mücadele etmek ve kadınların her alanda güçlenmesine katkıda bulunmak amacıyla kurulmuş olan feminist örgüt *Feminist Majority Foundation (FMF)*, üniversiteli feministleri kürtaj, kadın hakları, LGBTQ+ hakları gibi konularda bilinçlendirmek üzere *Feminist Campus* isimli özel bir proje başlatmıştır.²⁴

2005 yılına gelindiğinde ise *American Association of University Women Educational Foundation* tarafından Amerikan üniversitelerindeki lisans öğrencileri arasında yapılan bir anket çalışması, üniversitelerde öğrenciler arasında yaşanan cinsel şiddetin boyutunu ortaya koymuştur. Ankete katılan öğrencilerin yaklaşık üçte ikisi üniversitede tacize uğradıklarını belirtmiş, ancak yalnızca %10 oranında öğrenci bu tacizi üniversite yetkililerine bildirdiklerini ifade et-

-
- 21 1972 tarihli Federal Eğitim Değişiklikleri kapsamındaki Başlık IX şöyle der: "Amerika Birleşik Devletlerinde hiç kimse, federal mali destek alan herhangi bir eğitim programı veya etkinliği kapsamında cinsiyete dayalı olarak katılımdan dışlanamaz veya ayrımcılığa maruz kalamaz." Education Amendments of 1972, Title IX, 20 U.S.C. § 1681(a) (1972). <<https://www.justice.gov/crt/title-ix-education-amendments-1972>> (Erişim tarihi 27.7.2021).
- 22 Legally Speaking With Pamela Price, <<https://www.pamelaspape.com/about/>> (Erişim tarihi 27.7.2021).
Dava için Bkz. <<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/459/1/1392608/>> (Erişim tarihi 27.7.2021).
- 23 BAKER Nancy V., *Challenging Sexual Harassment on Campus*, Forum on Public Policy Online, (5), 2010, <<https://files.eric.ed.gov/fulltext/EJ913098.pdf>> (Erişim tarihi 27.7.2021).
- 24 2008 yılında, proje bu sefer sosyal medyada yeniden hayat bulmuş ve üniversiteli kadınları kampüslerde yaşanan cinsel şiddet konusunda da dayanışmaya çağırmıştır. Feminist Campus, <<https://twitter.com/feministcampus>> (Erişim tarihi 27.7.2021).

miştir.²⁵ 2007 yılında 6.800 lisans öğrenci arasında yapılan bir başka anket çalışmasında ise kadın öğrencilerin %13,7'sinin üniversiteye başladıklarından beri en az bir kez bir cinsel saldırı mağduru oldukları ortaya çıkmıştır.²⁶ *Association of American Universities (AAU)* tarafından 2015 yılında 27 Amerikan üniversitesinde 150.000 öğrenci ile yapılan *Campus Climate Survey on Sexual Assault and Misconduct* isimli anket çalışmasında ise lisans programlarındaki kadın öğrencilerin arasında okula başladıktan itibaren cinsel şiddete maruz kalmış olanların oranının %20 olduğu ortaya çıkmıştır.²⁷ Aynı anketin 2019 yılında yapılan tekrarında ise, ankete katılan 33 yüksek öğretim kurumunda, cinsel şiddetin az oranda da olsa artmış olduğu tespit edilmiş, ancak öğrencilerin bu vakaları nasıl bildirebilecekleri ve nasıl destek isteyebilecekleri konusundaki bilinçleri artmış olmakla birlikte vakaları bildirme oranlarının artmadığı görülmüştür.²⁸

Bu durum ABD üniversitelerinde cinsel taciz ve saldırı ile mücadele etmek adına oldukça ciddi politikalar geliştirilmesine yol açmıştır. Nitekim 2011 senesinde Obama yönetimi tarafından eğitimde cinsel şiddetle mücadelenin ne şekilde yürütülmesi gerektiğine ilişkin detaylı şartlar içeren ve “Dear Colleague Letter” olarak bilinen bilgi notu tüm okullar ve yüksek öğretim kurumlarıyla paylaşılmıştır.²⁹

-
- 25 HILL Catherine ve SILVA Elena, *Drawing the Line: Sexual Harassment on Campus*, American Association of University Women Educational Foundation, 2005. <<https://files.eric.ed.gov/fulltext/ED489850.pdf>> (Erişim tarihi 27.7.2021).
- 26 KREBS Christopher P. vd., *Campus Sexual Assault (CSA) Study: Final Report*, US Department of Justice, 2007. <<https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/221153.pdf>> (Erişim tarihi 27.7.2021).
- 27 Bu oran, sadece fiziksel güç veya inkapasitasyon (kişinin alkol ya da madde kullanımı sonucu baygın, uyku halinde, bilinçsiz olmasından ötürü rıza veremeyecek durumda olması) içeren cinsel saldırı durumlarına ilişkindir. Diğer cinsel şiddet türleri de eklendiği zaman sayı artmaktadır. CANTOR David vd., *Report on the AAU Campus Climate Survey on Sexual Assault and Sexual Misconduct*, Association of American Universities (AAU), 2015. <https://www.aau.edu/sites/default/files/%40%20Files/Climate%20Survey/AAU_Campus_Climate_Survey_12_14_15.pdf> (Erişim tarihi 27.7.2021).
- 28 CANTOR David vd., *Revised Report on the AAU Campus Climate Survey on Sexual Assault and Sexual Misconduct*, Association of American Universities (AAU), 2020. <[https://www.aau.edu/sites/default/files/AAU-Files/Key-Issues/Campus-Safety/Revised%20Aggregate%20report%20%20and%20appendices%201-7_\(01-16-2020_FINAL\).pdf](https://www.aau.edu/sites/default/files/AAU-Files/Key-Issues/Campus-Safety/Revised%20Aggregate%20report%20%20and%20appendices%201-7_(01-16-2020_FINAL).pdf)> (Erişim tarihi 27.7.2021).
- 29 United States Department of Education Office for Civil Rights, <<https://www2.ed.gov/about/offices/list/ocr/letters/colleague-201104.pdf>> (Erişim tarihi 27.7.2021). 2017 yılında ise Trump yönetimi bu belgeyi feshetmiştir. Fesih süreci ve sonuçlarına ilişkin olarak Bkz. EDELMAN Marc, *The Future of Sexual Harassment Policies at U.S. Colleges: From Repeal of the 2011 DOE-OCR Guidelines to Launch of the #MeToo Movement on Social Media*, *The Wake Forest Law Review Online*, (12) (t.y.) <<http://www.wakeforestlawreview>.

2014 yılında ise ABD üniversite kampüslerinde yaşanan cinsel şiddetin önlenmesine ve bu şiddete karşı çıkmaya yönelik ulusal bir farkındalık kampanyası başlatılmış ve konu üzerine ulusal düzeyde çalışmak üzere özel bir birim (National Task Force) kurulmuştur.³⁰ Ancak 2017 yılında Trump hükümeti döneminde bilgi notu iptal edilmiş ve şikayetçilerden ziyade faileri koruduğu için oldukça eleştirilen yeni düzenlemeler getirilmiştir. Son olarak Mart 2021’de ise Biden yönetimi tarafından Trump yönetimi döneminde Title IX ile ilişkili olarak alınan tüm kararların gözden geçirilmesini emreden bir Başkanlık Emri yayımlanmıştır.³¹

Son olarak, 2018 yılı itibarıyla ABD’de yüksek öğretimdeki kadın öğrenci sayısının %60’lara ulaştığı ve kadın öğrencilerin yaklaşık %63’ünün kendilerini feminist olarak tanımladıkları bilinmektedir.³² Bugün ise, özellikle de sosyal medya platformları üzerinden gerçekleştirilen farklı feminist kampanyalar neticesinde³³, cinsel şiddetin hem Amerikan kamuoyunda hem de dünyanın genelinde çok daha fazla konuşulur bir hal aldığı söylenebilir.

2. Avrupa

Avrupa’da yüksek öğretimde kadın öğrencilerin maruz kaldıkları cinsel şiddetin ortaya çıkarılmasına yönelik çalışmaların başlama se-

com/2018/02/the-future-of-sexual-harassment-policies-at-u-s-colleges-from-repeal-of-the-2011-doe-ocr-guidelines-to-launch-of-the-metoo-movement-on-social-media/> (Erişim tarihi 27.7.2021).

- 30 Birimin faaliyetlerinden birisi *NotAlone.gov* adresi üzerinden öğrencileri ve okulları cinsel şiddetle ilgili bilgilendirmek ve yönlendirmek olmuştur. Aynı zamanda Eylül 2014’te *Birim’in* tavsiyeleri doğrultusunda herkesi cinsel şiddetle mücadeleye katılmaya çağıran *It’s On Us* isimli bir girişim başlatılmıştır. *NotAlone.gov* sitesine artık erişilemeye de, *It’s On Us* bir dijital girişim olarak hala devam etmektedir. Bkz. <https://www.itsonus.org/> (Erişim tarihi 27.7.2021). Öte yandan, Obama yönetiminin kampüslerde yaşanan cinsel şiddete ilişkin geliştirdiği politikalar, masumiyet karinesini zedeleyen bir “mağdur feminizmi” yarattıkları iddiasıyla eleştirilere de maruz kalmıştır. SAUL Stephanie, *Victim Feminism’ and Sexual Assault on Campus* New York Times (7 Nisan 2020) <<https://www.nytimes.com/2017/11/03/education/edlife/christina-hoff-sommers-sexual-assault-feminism.html>> (Erişim tarihi 27.7.2021).
- 31 O’Melveny, *Biden Executive Order on Title IX: Where We’ve Been and Where We’re Going*, (Mart 2021), <<https://www.omm.com/resources/alerts-and-publications/alerts/biden-executive-order-on-title-ix/>> (Erişim tarihi 27.7.2021).
- 32 WATKINS Shannon, *Campus Feminism: The Real War on Women* (7 Mart 2018), <<https://www.jamesmartin.center/2018/03/campus-feminism-real-war-women/>> (Erişim tarihi 27.7.2021).
- 33 HESSE Ashley, *Every Feminist Hashtag You Need to Know, From #MeToo to #TimesUp* (5 Şubat 2018), <<https://yourdream.liveyourdream.org/2018/02/feminist-hashtags-metoo-timesup/>> (Erişim tarihi 27.7.2021).

bebinin, 1994-2002 yılları arasında Almanya'nın Bochum kentinde, Ruhr Üniversitesinin yakınlarında 23 genç kadının tecavüze uğraması olduğu öne sürülmektedir.³⁴ Bu seri tecavüzlerin, özellikle de üniversite öğrencisi genç kadınların bilinçlerinde, cinsel şiddetin yabancılardan geldiğine, genelde geceleri yaşandığına, faillerin silahlı olduğuna ilişkin kalıp yargılar ürettiği ve bu yargıların bugün dahi bu kadınların güvenlik algılarını şekillendirdiği söylenmektedir. Aynı zamanda, bu vakaların üniversitelerin çok sayıda genç kadının zamanlarının önemli bir kısmını geçirdikleri mekanlar olarak, bu şiddetin engellenmesindeki görevleri üzerine yapılacak çalışmaları da tetiklediği ileri sürülmektedir.

Böylece, 2009-2011 yılları arasında Avrupa'nın bu alandaki ilk büyük çaplı araştırması gerçekleştirilmiştir. Almanya, İngiltere, İtalya, İspanya ve Polonya'daki 35 yüksek öğretim kurumunda okuyan 22.000 kadın öğrenci ile yapılan ankette, öğrencilere üniversitede kendilerini ne kadar güvende hissettiklerine, cinsel şiddete maruz kalıp kalmadıklarına, bu olayların kendilerini hem fiziksel hem psikolojik sağlıkları açısından nasıl etkilediğine, bu durumları başkalarıyla paylaşıp paylaşmadıklarına ilişkin sorular sorulmuştur. Ankete katılan kadınların %60,7'si üniversite hayatlarında en az bir kez cinsel tacize maruz kaldıklarını söylemiştir. Öğrencilerin ayrıca %50,5'i üniversite yaşamları boyunca en az bir kez ısrarlı takibe maruz kalmıştır. Ankete katılanlar, ciddi olarak gördükleri durumları yakın arkadaşlarına veya üniversite dışından kişilere anlattıklarını söylemişlerdir. Yaşanılan durumları paylaşmamanın en yaygın nedenleri de “olayın yaşandığı zaman çok kötü bir durum olarak algılanmaması” veya “yaşanılanın bir defaya mahsus bir şey olduğuna inanılması”dır.³⁵ Öte yandan, yeni medyanın giderek artan kullanımı, tacizi de dönüştürür. Israrlı takibin yaklaşık %10'unun internet üzerinden gerçekleştiğini söyleyen anket katılımcıları ayrıca interneti şiddete açık bir mecra olarak tanımlarlar ve özellikle de anonimliğin failerin davranışlarını kolaylaştırdığına inanırlar. Pornografik materyalin paylaşılmasını kolaylaştırması açısından da

34 *Gender-based Violence, Stalking and Fear of Crime*, Research Report Publication, 2012, <http://www.gendercrime.eu/pdf/gendercrime_final_report_printable_version.pdf> (Erişim tarihi 27.7.2021).

35 *Ibid*, s. 141.

internet cinsel şiddet vakalarında önemli bir tehdit aracı olarak kullanılmaktadır.³⁶

İngiltere yüksek öğretim kurumlarındaki cinsel şiddet olaylarına ilişkin çalışmaların sayısının giderek arttığı bir ülkedir ve bu nedenle ayrıca incelenmelidir.³⁷ Nitekim 2010 yılında gerçekleşen *Hidden Marks* isimli ulusal çaplı anket çalışmasında öğrencilerin cinsel taciz, ısrarlı takip, cinsel saldırı deneyimlerine bakılmış ve 2.058 üniversiteli kadın arasında gerçekleştirilen bu online anket sonucunda öğrencilerin yaklaşık %61'inin üniversite hayatları boyunca en az bir kez cinsel şiddete maruz kaldıkları ortaya konulmuştur. Katılımcıların %68'i kampüste elle sarkıntılık, teşhircilik ve istenmeyen cinsel içerikli yorumlar gibi sözlü ya da fiziksel cinsel taciz türlerine maruz kaldıklarını söylerken, %14'ü ise ciddi bir saldırı yaşadığını söylemiştir.³⁸ 2018 yılında İngiltere'deki 153 yüksek öğretim kurumunda 4.500 öğrenci arasında gerçekleştirilen bir başka ankette ise, katılımcıların %62'sinin üniversitelerinde cinsel şiddete maruz bırakıldıkları tespit edilmiştir.³⁹ Bu oranın kadın öğrencilerde %70'e ulaştığı ve bu kadınların arasında %48'inin cinsel saldırıya maruz kaldıkları görülmüştür. Öte yandan, cinsel şiddete maruz bırakılan öğrencilerin yalnızca %6'sının yaşadıklarını üniversiteye bildirdiği de ayrıca ortaya konulmuştur.⁴⁰

Öte yandan yüksek öğretimde cinsel şiddet sadece kurumlar bazında değil son yıllarda AB düzeyinde de üzerine çalışılan ve siyasa geliştirilen bir konudur. Nitekim 2020 yılında konuya ilişkin politikaların, stratejilerin, faaliyetlerin ve önlemlerin AB genelinde bir

36 Ibid, s. 252.

37 Bu konuda İngiltere ve Galler'deki durumu inceleyen kapsamlı bir çalışma için bkz. TUTCHELL Eva ve EDMONDS John, *Unsafe Spaces: Ending Sexual Abuse in Universities*, Emerald Publishing Limited, 2020.

38 National Union of Students (NUS), *Hidden Marks: A Study of Women Students' Experiences of Harassment, Stalking, Violence and Sexual Assault*, 2010, <<https://www.nusconnect.org.uk/resources/hidden-marks-a-study-of-women-students-experiences-of-harassment-stalking-violence-and-sexual-assault>> (Erişim tarihi 27.7.2021).

39 Anket cinsel şiddete maruz kalanlarla dayanışmak için örgütlenen yeni mezunlar tarafından başlatılan *Revolt Sexual Assault* isimli ulusal bir kampanya tarafından gerçekleştirilmiştir. Bkz. <<https://revoltsexualassault.com/research/>> (Erişim tarihi 27.7.2021).

40 <<https://revoltsexualassault.com/wp-content/uploads/2018/03/Report-Sexual-Violence-at-University-Revolt-Sexual-Assault-The-Student-Room-March-2018.pdf>> (Erişim tarihi 27.7.2021).

haritasını çıkarmak için gerçekleştirilen “Sexual Harassment in the Research and Higher Education Sector: National Policies and Measures in EU Member States and Associated Countries” isimli anket, bu alanda üye ülkelerin hem araştırma hem politika açısından henüz oldukça yetersiz olduklarını ortaya koymuştur.⁴¹ Ankete katılan 26 ülkenin altısında akademide toplumsal cinsiyet temelli şiddeti önlemeye yönelik özel bir düzenleme bulunurken, bir başka altı ülkede de bu konuda yetkili bir düzenleyici kurum mevcuttur. Ancak hem yasal düzenlemenin hem de özel bir kurumun bir arada bulunduğu bir ülkenin henüz olmadığı görülmüştür.⁴²

Diğer yandan AB ülkelerinde yüksek öğretimde cinsel şiddetle ilişkin durum tespitinin yapılması ile önleyici politikaların ve mekanizmaların oluşturulması süreci aynı zamanda bu konularda yürütülen projeleri de artırmıştır. Yakın zamanda Avrupa üniversitelerinde cinsel taciz ve saldırıyla mücadele adına yürütülen bu projelerden biri üniversitelerde cinsel şiddet başvurularını alan personele yönelik olarak ortak bir eğitim programının geliştirilmesi ve yaygınlaştırılmasına odaklanan *Universities Supporting Victims of Sexual Violence* (USV) isimli projedir.⁴³ 2016-2017 yıllarında gerçekleşen ve Avrupa Komisyonu tarafından fonlanan bu proje sonucunda katılımcı kurumlar kendi çalışanları için eğitim materyalleri oluşturmuştur.⁴⁴

3. Diğer

2018 yılında, UN Women tarafından hazırlanan “Guidance Note on Campus Violence Prevention and Response” isimli raporda, üniversitelerde yaşanan kadına yönelik şiddet vakalarının nasıl yönetileceğine, bu şiddetin önlendiği bir kurumsal ortamın nasıl oluş-

41 European Research and Innovation Committee Standing Working Group on Gender in Research and Innovation, *EU Sexual Harassment in the Research and Higher Education Sector: National Policies and Measures in EU Member States and Associated Countries*, 2020, <https://genderaction.eu/wp-content/uploads/2020/06/SWGGRI_Sexual-Harassment-in-the-Research-Higher-Education-National-Policies-Measures.pdf> (Erişim tarihi 27.7.2021).

42 Ibid. s. 67.

43 USV React, <<https://usvreact.eu/>> (Erişim tarihi 27.7.2021).

44 Projenin nihai raporu için bkz. ALLDRED Pam ve PHIPPS Alison, *Training To Respond To Sexual Violence at European Universities: Final Report of the USVreact Project*, 2018, <http://usvreact.eu/usvreact_report2018/> (Erişim tarihi 27.7.2021).

turulabileceğine ve hayatta kalanlara ihtiyaçları doğrultusunda ne gibi destekler sunulabileceğine ilişkin birtakım öneriler sunulmaktadır.⁴⁵ Rapor özellikle de düşük gelirli ülkelerdeki üniversitelerde bu şiddet türüyle mücadele edilmesine destek olmayı hedeflediği için önemlidir. Özel olarak kadın öğrencilerin yaşadıkları şiddete odaklanan raporda aktarılan verilerden bazıları şöyledir:

- Bangladeş'in sekiz üniversitesinde 897 öğrenci arasında gerçekleştirilen ankete göre, kadın öğrencilerin %76'sı üniversite hayatları boyunca en az bir kez, okul içinde veya dışında, okulla ilişkili bir kişinin cinsel tacizine maruz kalmıştır.
- 2014 yılında Kahire Üniversitesi Hindistan'da cinsel şiddete karşı politika geliştiren ilk üniversite olmuştur. 2015 yılında aynı üniversitede yapılan bir çalışmada kadın öğrencilerin %70'inin o yıl içerisinde cinsel şiddete maruz kaldıkları ortaya konulmuştur.
- 2017 yılında Çin üniversitelerindeki kadın öğrencilerin %69'u bir tür cinsel şiddete maruz kaldıklarını söylemiştir. Kadınların %4'ten azı şiddeti yetkililere bildirmiştir.

Öte yandan, Latin Amerika ülkeleri de kadına yönelik şiddetin yüksek düzeyde yaşandığı ülkelerdir ve üniversite kampüslerindeki durum da farklı değildir.⁴⁶ Örneğin, 2016 yılında National University of Colombia'da 1.602 kadın öğrenci arasında gerçekleştirilen bir anket, kadın öğrencilerin yarısından fazlasının kampüste ya da üniversite ile bağlantılı bir aktivite yaparken bir tür cinsel şiddete maruz kaldıklarını ortaya koymuştur.⁴⁷ Diğer yandan, 2019 yılında 16 Latin Amerika ülkesindeki 100 üniversitede gerçekleştirilen bir

⁴⁵ UN Women, *Guidance Note on Campus Violence Prevention and Response*, 2018, <https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2019/campus-violence%20note_guiding_principles.pdf?la=en&vs=3710> (Erişim tarihi 27.7.2021).

⁴⁶ UNDP ve UN, *From Commitment to Action: Policies to End Violence Against Women in Latin America and the Caribbean*, 2017, <https://www.latinamerica.undp.org/content/rblac/en/home/library/womens_empowerment/del-compromiso-a-la-accion-politicas-para-erradicar-la-violencia.html> (Erişim tarihi 27.7.2021).

⁴⁷ WESSEL Lindzi ve ORTEGA Rodrigo P., 'The spark has ignited.' *Latin American Scientists Intensify Fight Against Sexual Harassment*, ScienceMag (20 Şubat 2020), <<https://www.sciencemag.org/careers/2020/02/spark-has-ignited-latin-american-scientists-intensify-fight-against-sexual>> (Erişim tarihi 27.7.2021).

başka çalışmada ise bu kurumların %60'ının cinsel şiddetle mücadele etmek üzere geliştirilmiş politikaları olmadığı görülmüştür.⁴⁸

B. Türkiye

Üniversitelerde yaşanan cinsel şiddetle daha etkili mücadele edebilmek için, bu kurumlarda yaşanan cinsel şiddetin hem sayısal olarak hem de nitelikleri itibarıyla ortaya konulması elzemdir. Ancak Türkiye üniversitelerinde yaşanan cinsel şiddete ilişkin veri oldukça yetersizdir. Örneğin 2013-2014 senesinde 3. ve 4. sınıf üniversite öğrencileri arasında yapılan bir başka çalışmada, öğrencilerin %29'unun üniversitede cinsel tacize uğradığı, tacizin en çok açık alanlarda, yatakhanelerde ve kantinlerde ve en sık olarak da cinsel içerikli şakalar ve cinsiyetçi laflar şeklinde gerçekleştiği görülmüştür.⁴⁹ Yine 2013 yılında bir başka üniversitenin 4. sınıf öğrencileri arasında gerçekleştirilen bir anket çalışmasında da öğrencilerin çoğunlukla bakışlarla (%60.69) ve rızaları dışında dokunularak (%45.48) taciz edildikleri ortaya konmuştur.⁵⁰ Öte yandan, verinin azlığı kadar kamuya açık hale getirilmemesi de alana ilişkin bilgimizi sınırlandırmaktadır. Nitekim üniversitelerde cinsel şiddet konusunda yapılan en kapsamlı çalışmalardan birinin, 2013-2014 yıllarında Koç Üniversitesi ve Hacettepe Üniversitesi iş birliğiyle gerçekleştirilen "Üniversitelerde Cinsel Taciz ve İstismar Araştırması" olduğu tahmin edilmektedir. Ancak bu çalışmanın bugüne kadar kamuya paylaşılmamış olması bu alanda toplanan verinin erişilebilirliği hakkında önemli bir ipucu vermektedir.⁵¹

Öte yandan, Türkiye üniversitelerinde de özellikle son 10 yılda artan bir şekilde cinsel şiddetle mücadele birimleri kurulmaktadır. Bu alanda yüksek öğretimde atılan ilk adım, 2007 yılında Sabancı

48 Ibid.

49 EROĞLU Kafiye vd., *Üniversite Öğrencilerinin Cinsel Taciz ve Saldırı Hakkındaki Düşünceleri ve Deneyimleri*, KASHED, 3(1), 2017, s. 18-39, <<https://dergipark.org.tr/en/download/issue-file/4871>> (Erişim tarihi 27.7.2021).

50 DURMUŞ Emine, *Cinsel Taciz: Üniversite Öğrencilerinin Algı ve Tepkileri*, İnönü Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi, 14 (1), 2013, s. 15-30, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/inuefd/issue/8694/108608>> (Erişim tarihi 27.7.2021).

51 Koç Üniversitesinin web sayfasında çalışmanın adı geçmekte ancak başka bilgi paylaşılmamaktadır. Bkz. <<https://kockam.ku.edu.tr/events/universitelerde-cinsel-taciz-ve-istismar-arastirmasi/>> (Erişim tarihi 27.7.2021).

Üniversitesinde yayımlanan “Cinsel Tacize Karşı Önlem ve İlkeler Belgesi” ile onu takiben kurulan “Cinsel Tacize Karşı Komite”dir. Bu girişimden sonra, 2011 yılında Ankara Üniversitesinde ve 2012 yılında Boğaziçi Üniversitesinde benzer belgeler yayımlanmış ve benzer birimler faaliyete geçmiştir. 2021 yılı itibarıyla 20’yi aşkın üniversitede farklı yapılarda işleyen bu tür birimlere rastlanmaktadır.⁵² CTS’ler temelde destek birimleri olarak kurulmakla birlikte, kaynaklarına bağlı olarak farkındalık çalışmaları, eğitim faaliyetleri gibi önleyici faaliyetler de yürütebilmektedir. Üniversite içinde yürütülecek disiplin soruşturamalarında ve idari süreçlerde verilebilecek desteğin yanı sıra, yine kaynaklara bağlı olarak hukuki desteğe ve psikolojik desteğe yönlendirmek de mümkün olabilmektedir.⁵³

Aynı zamanda CTS’ler *Cinsel Taciz ve Saldırıya Karşı Üniversitelerarası İletişim Ağı* (CTS Ağı) ismi verilen bir ağ üzerinden birbirleriyle dayanışma içerisinde olup, senede iki kez düzenlenen çalıştaylarda bir araya gelerek hem deneyimlerini hem de mücadele yöntemlerini ve karşılaşılan sorunları paylaşmaktadır. Bu çalıştayların ilki “Üniversitelerde Cinsel Taciz ve Cinsel Saldırıya Karşı Neler Yapılabilir?” başlığıyla 28 Mayıs 2012 tarihinde Ankara Üniversitesinde 11 üniversitenin katılımıyla, 18. son çalıştay ise 09 Temmuz 2021 tarihinde çevrimiçi olarak gerçekleşmiştir. Bu çalıştayların en önemli çıktılarında bir tanesi 2015 yılında Özgecan Aslan cinayeti sonrasında YÖK tarafından kabul edilen ve üniversitelerin cinsel taciz ve saldırıyı engelleme konusundaki yükümlülüklerini sıralayan “Yükseköğretim Kurumları Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Tutum Belgesi”dir.⁵⁴ Ancak üniversitelere cinsel taciz ve saldırıyla mücadele etmedeki

52 Cinsel Taciz ve Saldırıya Karşı Üniversitelerarası İletişim Ağı, <<https://ctsuni.wordpress.com/cts-birimi-olan-universiteler>> (Erişim tarihi 27.7.2021).

53 Zaman zaman hem maddi hem de barınma desteği sağlanması da söz konusu olabilmektedir. CTSler ile ilgili olarak Bkz. KALEM Seda, *Feminist Mücadelenin Üniversitedeki Ayağı: CTS Birimleri*, Fe Dergi, 13 (1), 2021, s. 42-56, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/federgi/issue/60250/946931>> (Erişim tarihi 27.7.2021).

54 YÖK, *Yükseköğretim Kurumları Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Tutum Belgesi*, <<https://ctsuni.files.wordpress.com/2018/12/yc3bcksek3b6c49fretim-kurumlarc4b1-toplumsal-cinsiyet-e-c59ftitlic49fi-tutum-belgesi.pdf>> (Erişim tarihi 27.7.2021). CTS toplantılarının bir başka önemli çıktısı da 2 Ocak 2019 tarihinde katledilen akademisyen Ceren Damar’ın anısına yayımlanan “Üniversitelerarası Cinsel Taciz ve Saldırıya Karşı İşbirliği Grubu Ortak Metni”dir. *Üniversitelerarası Cinsel Taciz ve Saldırıya Karşı İşbirliği Grubu Ortak Metni*, <<https://ctsuni.wordpress.com/2019/11/26/universitelerarası-cinsel-taciz-ve-saldırıya-karsi-isbirligi-grubu-ortak-metni/>> (Erişim tarihi 27.7.2021).

sorumluluklarının hatırlatıldığı, bu mücadelenin yöntemlerinin ve araçlarının belirtildiği bu belge kabul edilmesinden dört yıl sonra, Şubat 2019’da YÖK’ün sayfasından kaldırılmış ve YÖK Başkanlığı tarafından konuya ilişkin şu açıklama yapılmıştır:

“2015 yılında hazırlanan bu Tutum Belgesi’nde kadına yönelik her türlü eşitsizlik ve adaletsizliği önlemeye yönelik yürütülen bu çalışmalar; toplumsal cinsiyet eşitliği kavramı adı altında dile getirilmiştir; ancak geline süreçte bu kavrama murat edilenin dışında farklı anlamlar yüklendiği ve bu yüklemenin toplumsal değerlerimiz ve kabullerimizle mütenasip olmadığı ve toplumca kabul görmediği hususunun göz önünde bulundurulması gerektiği ortaya çıkmıştır”.⁵⁵

III. Sonuç yerine

Deneyim bağlamında durum böyle iken gerek yurt dışındaki araştırmalar gerekse de Türkiye üniversitelerine dair sınırlı sayıda ki çalışma, üniversitelerdeki cinsel şiddetin yeterli derecede ortaya çıkarılmadığını da ortaya koymaktadır. Örneğin ABD Adalet Bakanlığı’nın 2014 yılına ait verileri, 1995-2013 yılları arasında üniversite yerleşkelerinde cinsel tacize ya da saldırıya maruz kalmış olan kadınların yaklaşık %80’inin bu vakaları polise şikayet etmediklerini ortaya koymaktadır.⁵⁶

Türkiye’de de benzer şekilde 2013 yılında gerçekleştirilen bir anket çalışmasında tacize uğradıklarını ifade eden öğrencilerin %69.6’sının hiçbir şey yapmadıkları ortaya çıkmış, taciz sonrası neden tepki göstermedikleri sorulduğunda ise “çevre tarafından anlaşılma korkusu (%96.56), suçlanacağı endişesi (% 92.04), kendini suçlamaları (%51.13) ve rezil olacakları/adlarının çıkacağı endişesi ile (%35.22)” tepki göstermedikleri görülmüştür.⁵⁷ 2016 yılında bir vakıf üniversitesi öğrencileri arasında yapılan bir başka anket çalış-

55 YÖK’ten Gericilere Taviz, Cumhuriyet (18 Şubat 2019), <<https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/yokten-gericilere-taviz-1254403>> (Erişim tarihi 27.7.2021).

56 Oysa aynı yaş grubundaki (18-24) öğrenci olmayan kadınların cinsel taciz veya saldırı vakalarını polise bildirme oranlarının %31 olduğu görülmüştür. US Department of Justice, *Rape and Sexual Assault Victimization Among College-Age Females, 1995–2013*, 2014, <<https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/rsavcaf9513.pdf>> (Erişim tarihi 27.7.2021).

57 DURMUŞ Emine, 2013, s. 26.

masında ise bir cinsel taciz olayına maruz kalan ya da böyle bir olaya tanıklık edenlerin %68'inin yaşadıklarını kurumsal olarak bir işlem yapılmayacağına inanarak üniversiteye bildirmedikleri ortaya konulmuştur.⁵⁸ 2017 senesinde yapılan bir araştırmada ise üniversitede cinsel tacize uğradığını söyleyen öğrencilerin %62'sinin bu konuda hiçbir şey yapmadığı ve sadece %3'ünün resmi şikayette bulunduğu görülmüştür.⁵⁹ Aynı çalışmada öğrencilerin %53'ü ise üniversitede cinsel tacize uğrayanların başvurabilecekleri özel bir birim olması gerektiğini de ifade etmiştir. Yine Ankara'da bir vakıf üniversitesinde gerçekleştirilen bir saha araştırmasında da üniversitede cinsel şiddete maruz kalan öğrencilerin en yüksek oranda (%30) bu davranışları "şaka gibi algılayıp yok saydıkları" ve çok nadiren (%2) resmi şikayette bulundukları tespit edilmiştir.⁶⁰

Üniversite yaşantısında ortaya çıkan cinsel şiddetin kişisel olarak tecrübe edilen psikolojik ve fiziksel sıkıntılarının yanı sıra, kurumsal düzlemde ve hatta genel olarak yüksek öğretim alanı üzerinde de olumsuz etkileri vardır. Akademik hayatta maruz kalınan cinsel şiddet hem çalışma hem de öğrenim hayatını olumsuz etkilediği gibi yüksek öğretim alanının sahip olması gereken demokratik ve özgürlükçü yapıyı da tehlikeye atar.⁶¹ Bir diğer deyişle üniversitelerin kamusal alan olmaları, kadınların bu alanlarda var oluşlarını engelleyen, zorlaştıran ve netice itibarıyla kadınları bu alandan dışlayan her türlü söylem ve pratikle mücadele etmeyi de ayrıca gerekli kılar.

Netice itibarıyla, üniversitelerde yaşanan cinsel şiddet kadınların eğitim ve çalışma haklarının sakatlanması anlamına da gelir ve bu haliyle de bir ayrımcılık biçimidir. Nitekim BM tarafından oluşturulan "Sürdürülebilir Kalkınma Amaçları" arasında sıralanan Amaç 5

58 Kadir Has Üniversitesi Toplumsal Cinsiyet ve Kadın Çalışmaları Araştırma Merkezi, *Cinsel ve Toplumsal Cinsiyete Dayalı Taciz ve Saldırı Politikalarının Analizi: Türkiye'deki Üniversiteler İçin Araç Seti*, (t.y.), <<https://gender.khas.edu.tr/tr/cinsel-ve-toplumsal-cinsiyete-dayali-taciz-ve-saldiri-politikalarinin-analizi-turkiyedeki>> (Erişim tarihi 27.7.2021).

59 EROĞLU Kafiye, 2017, s. 31.

60 ŞİMŞEK Aslı A. ve SONGUR Damla, *Cinsiyetçilik, Cinsel Taciz ve Saldırıya Karşı Kadın Çalışma Merkezlerinin İşlevi: Bir Saba Çalışmasının Düşündürdükleri*, *Üniversitelerde Cinsel Taciz ve Saldırıyla Mücadele: CTS Çalışmaları* içinde, 2018, s. 36.

61 European Research and Innovation Committee Standing Working Group on Gender in Research and Innovation, *EU Sexual Harassment in the Research and Higher Education Sector: National Policies and Measures in EU Member States and Associated Countries*, 2020, s. 5.

toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanmasına ve kadınların güçlendirilmesine ilişkindir ve bu amacın önemli bir uzantısı da tüm kamusal alanların kadınlar için “güvenli ve erişilebilir” hale getirilmesidir.⁶² Nitekim, üniversiteleri bu hedefler temelinde sıralayan Üniversite Etki Sıralamasının başlıkları arasında “Eşitsizliklerin Azaltılması” ve “Toplumsal Cinsiyet Eşitliği” başlıkları da bulunmaktadır. Aynı zamanda, Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılması Komitesinin (CEDAW) 2017 tarihli ve 35 sayılı Genel Tavsiye kararının 20. paragrafında da “Kadınlara yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddet, özel ya da kamusal alanda insan etkileşiminin olduğu tüm yer ve mecralarda görülmektedir. Bunlar, aile, toplum, kamusal alan, iş-yeri, boş vakitler, siyaset, spor, sağlık hizmetleri, eğitim ortamlarını ve şiddetin internet ve dijital ortamlarda ortaya çıkan modern türleri gibi teknoloji aracılıklı ortamlarda yeniden tanımlanmış şekillerini kapsar” ifadesi de yer almaktadır.⁶³

Sonuç olarak tüm bu düzenlemeler ve mekanizmalar -ve daha birçoğu- üniversitelere cinsiyetçilik ile mücadele adına yeni kurumsal politikalar geliştirmek ve cinsel taciz ve saldırıya karşı ve bunların önlenmesi adına teşkilat yapılarını, işleyiş biçimlerini ve tüm bileşenlerine sundukları destek hizmetlerini iyileştirmek gibi sorumluluklar yüklemektedir.

Üniversitelerde yaşanan cinsel şiddet sadece kişileri değil, tüm akademik camiaı ve çalışma ortamını etkilemekte, bu şiddetin önlenmediği veya bu şiddete gerekli tepkilerin verilmediği durumlarda, bütün üniversite mensuplarının güvenli çalışma ortamları zarar görmektedir. Üstelik bu ihmal, şiddetin görünmez kılındığı mesajını taşır ve üniversiteleri kadına yönelik şiddetin engellenmesi konusunda önemli sorumlulukları olan kurumlar olmaktan uzaklaştırır. Bu durum üniversiteleri hem kamusal sorumlulukları bakımından sıkıntıya sokacak hem de rekabetçi yüksek öğretim piyasasındaki güçlerini de olumsuz etkileyecektir.

62 UNDP, *Sustainable Development Goals*, <<https://www.undp.org/sustainable-development-goals>> (Erişim tarihi 27.7.2021).

63 Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılması Komitesi, *Kadınlara Yönelik Toplumsal Cinsiyete Dayalı Şiddete İlişkin 35 Sayılı Genel Tavsiye*, <<https://kadinininsanhaklari.org/wp-content/uploads/2018/08/CEDAW-General-Recommendation-35-%C3%A7eviri-Nazan-Moro%C4%9Flu.pdf>> (Erişim tarihi 27.7.2021).

Şu noktada, üniversitelerde toplumsal cinsiyet temelli şiddetle mücadele etmek için getirilecek özel düzenlemelerin ve bu konuda çalışmak üzere kurulan özel birimlerin önemi büyüktür. Dijital şiddetin yaygınlığı ve özellikle de genç kadınlara yönelik olarak gerçekleşmesi de üniversite bünyesinde verilecek mücadelenin önemini artırmaktadır. Aynı zamanda şiddetin flört aşamasındayken önlenmesi ve ortaya çıktığı durumlarda gerekli müdahalelerin yapılması, ileride yaşanabilecek ev içi şiddetin de önünün kesilmesinde büyük önem arz eder.⁶⁴ Üniversite yaşamının da flört ilişkilerinin oldukça yaygın olarak yaşandığı bir dönem olduğu göz önünde bulundurulunca⁶⁵, bu kurumlarda ortaya çıkan cinsiyete dayalı şiddetle mücadele etmenin cinsel şiddetle toplumsal boyutta mücadele etmeye yardımcı olacağı düşünülebilir. Son olarak, Türkiye üniversitelerinde cinsel şiddetle mücadele eden birimlerin biriktirdiği bilgi ve deneyimin, #MeToo sonrasında farklı alanlarda giderek artan bir biçimde ifşa edilen cinsel şiddetin önlenmesinde yol gösterici olması da mümkündür; ve bu paylaşım cinsel şiddetle mücadelede kurumlar arası dayanışmayı güçlendirecek, mücadelenin tabanını genişletecektir.

64 ŞİMŞEK Aslı A. ve SONGUR Damla, 2018, s. 29.

65 Flört şiddeti ergenlikle başlayıp, lise çağında devam etmekte ve takibinde üniversiteye de taşınmaktadır. Lise öğrencileri arasında flört şiddeti üzerine gerçekleştirilen bir çalışma için Bkz. Cinsel Şiddetle Mücadele Derneği, *Şiddet Bir Sınırı Aşmaktır: Gençlerin Toplumsal Cinsiyet ve Flört Şiddeti Algılarına Yönelik Araştırma Raporu*, 2017, <<http://cinselsiddetlemucadele.org/wp-content/uploads/2017/07/arastirma-raporu.pdf>> (Erişim tarihi 27.7.2021).

KAYNAKÇA

- ALLDRED Pam ve PHIPPS Alison, Training To Respond To Sexual Violence at European Universities: Final Report of the USVreact Project, 2018, <http://usvreact.eu/usvreact_report2018/> (Erişim tarihi 27.7.2021).
- BAKER Nancy V., Challenging Sexual Harassment on Campus, Forum on Public Policy Online, (5), 2010, <<https://files.eric.ed.gov/fulltext/EJ913098.pdf>> (Erişim tarihi 27.7.2021).
- Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, Kadınlara Yönelik Şiddetin Ortadan Kaldırılmasına Dair Bildirge, 20 Aralık 1993. <https://www.tbmm.gov.tr/komision/kefe/belge/uluslararası_belgeler/kadına_karsi_siddet/BM%20Kad%C4%B1na%20Kar%C5%9F%C4%B1%20%C5%9Eiddetin%20Ortadan%20Kald%C4%B1r%C4%B1lmas%C4%B1na%20Dair%20Bildirgesi%2020.12.1993.pdf> (Erişim tarihi: 27.7.2021)
- CANTOR David vd., Report on the AAU Campus Climate Survey on Sexual Assault and Sexual Misconduct, Association of American Universities (AAU), 2015. <https://www.aau.edu/sites/default/files/%40%20Files/Climate%20Survey/AAU_Campus_Climate_Survey_12_14_15.pdf> (Erişim tarihi 27.7.2021).
- CANTOR David vd., Revised Report on the AAU Campus Climate Survey on Sexual Assault and Sexual Misconduct, Association of American Universities (AAU), 2020. <[https://www.aau.edu/sites/default/files/AAU-Files/Key-Issues/Campus-Safety/Revised%20Aggregate%20report%20%20and%20appendices%201-7_\(01-16-2020_FINAL\).pdf](https://www.aau.edu/sites/default/files/AAU-Files/Key-Issues/Campus-Safety/Revised%20Aggregate%20report%20%20and%20appendices%201-7_(01-16-2020_FINAL).pdf)> (Erişim tarihi 27.7.2021).
- Cinsel Şiddetle Mücadele Derneği, Şiddet Bir Sınırı Aşmaktır: Gençlerin Toplumsal Cinsiyet ve Flört Şiddeti Algılarına Yönelik Araştırma Raporu, 2017, <<http://cinselsiddetlemucadele.org/wp-content/uploads/2017/07/arastirma-raporu.pdf>> (Erişim tarihi 27.7.2021).
- Cinsel Taciz ve Saldırıya Karşı Üniversitelerarası İletişim Ağı, <<https://ct-suni.wordpress.com/cts-birimi-olan-universiteler>> (Erişim tarihi 27.7.2021).
- CONNELL R. W. ve MESSERSCHMIDT James W., Hegemonic Masculinity: Rethinking the Concept, Gender and Society, 19(6), 2005.
- Cumhuriyet, YÖK'ten Gericilere Taviz (18 Şubat 2019), <<https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/yokten-gericilere-taviz-1254403>> (Erişim tarihi 27.7.2021).

- DURMUŞ Emine, Cinsel Taciz: Üniversite Öğrencilerinin Algı ve Tepkileri, İnönü Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi, 14 (1), 2013, <<https://dergipark.org.tr/pub/inuefd/issue/8694/108608>> (Erişim tarihi 27.7.2021).
- EDELMAN Marc, The Future of Sexual Harassment Policies at U.S. Colleges: From Repeal of the 2011 DOE-OCR Guidelines to Launch of the #MeToo Movement on Social Media, The Wake Forest Law Review Online, (12) (t.y.) <<http://www.wakeforestlawreview.com/2018/02/the-future-of-sexual-harassment-policies-at-u-s-colleges-from-repeal-of-the-2011-doe-ocr-guidelines-to-launch-of-the-metoo-movement-on-social-media/>> (Erişim tarihi 27.7.2021).
- Education Amendments of 1972, Title IX, 20 U.S.C. § 1681(a) (1972). <<https://www.justice.gov/crt/title-ix-education-amendments-1972>> (Erişim tarihi 27.7.2021).
- ERGÖÇMEN Banu A., TÜRKYILMAZ Ahmet S. ve ÖZGÖREN Ayşe A., Kadına Yönelik Şiddet ile Mücadele Yöntemleri, Türkiye’de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması içinde, T.C. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü, 2014. <<http://www.hips.hacettepe.edu.tr/KKSA-TRAnaRaporKitap26Mart.pdf>> (Erişim tarihi 28.7.2021).
- EROĞLU Kafiye vd., Üniversite Öğrencilerinin Cinsel Taciz ve Saldırı Hakındaki Düşünceleri ve Deneyimleri, KASHED, 3(1), 2017, <<https://dergipark.org.tr/en/download/issue-file/4871>> (Erişim tarihi 27.7.2021).
- ERTÜRK Yakın, Kadına Şiddet Olgusunu Kuramsallaştırmak, Suç ve Ceza, 13(2), 2020.
- European Research and Innovation Committee Standing Working Group on Gender in Research and Innovation, EU Sexual Harassment in the Research and Higher Education Sector: National Policies and Measures in EU Member States and Associated Countries, 2020, <https://genderaction.eu/wp-content/uploads/2020/06/SW-GGRI_Sexual-Harassment-in-the-Research-Higher-Ed.-National-Policies-Measures.pdf> (Erişim tarihi 27.7.2021).
- European Union, Cyber Violence and Hate Speech Online Against Women, 2018. <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604979/IPOL_STU\(2018\)604979_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604979/IPOL_STU(2018)604979_EN.pdf)> (Erişim tarihi 27.7.2021).
- FELSON Richard ve PARE Paul-Philippe, The Reporting of Domestic Violence and Sexual Assault by Nonstrangers to the Police, US Department of Justice, 2005. <<https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/grants/209039.pdf>> (Erişim tarihi 28.7.2021).

- Feminist Campus, <<https://twitter.com/feministcampus>> (Erişim tarihi 27.7.2021).
- Fundamental Rights Agency, Violence Against Women: An EU Wide Survey: Results at a Glance, 2014. <https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-vaw-survey-at-a-glance-oct14_en.pdf> (Erişim tarihi 27.7.2021).
- Gender-based Violence, Stalking and Fear of Crime, Research Report Publication, 2012, <http://www.gendercrime.eu/pdf/gendercrime_final_report_printable_version.pdf> (Erişim tarihi 27.7.2021).
- HENRY Nicola ve POWELL Anastasia, Technology-Facilitated Sexual Violence: A Literature Review of Empirical Research, Trauma, Violence & Abuse, 19(2), 2018.
- HESSE Ashley, Every Feminist Hashtag You Need to Know, From #MeToo to #TimesUp (5 Şubat 2018), <<https://yourdream.liveyourdream.org/2018/02/feminist-hashtags-metoo-timesup/>> (Erişim tarihi 27.7.2021).
- HILL Catherine ve SILVA Elena, Drawing the Line: Sexual Harassment on Campus, American Association of University Women Educational Foundation, 2005. <<https://files.eric.ed.gov/fulltext/ED489850.pdf>> (Erişim tarihi 27.7.2021).
- Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Kaldırılması Komitesi, Kadınlara Yönelik Toplumsal Cinsiyete Dayalı Şiddete İlişkin 35 Sayılı Genel Tavsiye, <<https://kadinininsanhaklari.org/wp-content/uploads/2018/08/CEDAW-General-Recommendation-35-%C3%A7eviri-Nazan-Moro%C4%9Flu.pdf>> (Erişim tarihi 27.7.2021).
- Kadir Has Üniversitesi Toplumsal Cinsiyet ve Kadın Çalışmaları Araştırma Merkezi, Cinsel ve Toplumsal Cinsiyete Dayalı Taciz ve Saldırı Politikalarının Analizi: Türkiye'deki Üniversiteler İçin Araç Seti, (t.y.), <<https://gender.khas.edu.tr/tr/cinsel-ve-toplumsal-cinsiyete-dayali-taciz-ve-saldiri-politikalarinin-analizi-turkiyedeki>> (Erişim tarihi 27.7.2021).
- KALEM Seda, Feminist Mücadelenin Üniversitedeki Ayağı: CTS Birimleri, Fe Dergi, 13 (1), 2021, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/federgi/issue/60250/946931>> (Erişim tarihi 27.7.2021).
- KOEZE Ella ve POPPER Nathaniel, The Virus Changed The Way We Internet, New York Times (7 Nisan 2020) <<https://www.nytimes.com/interactive/2020/04/07/technology/coronavirus-internet-use.html>> (Erişim tarihi 27.7.2021).

- KREBS Christopher P. vd., Campus Sexual Assault (CSA) Study: Final Report, US Department of Justice, 2007. <<https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/221153.pdf>> (Erişim tarihi 27.7.2021).
- Legally Speaking With Pamela Price, <<https://www.pamelaspage.com/about/>> (Erişim tarihi 27.7.2021).
- MANJOO Rashida, Report Of The Special Rapporteur On Violence Against Women, Its Causes and Consequences, United Nations General Assembly, Human Rights Council, 2015. <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/A.HRC.20.16_En.pdf> (Erişim tarihi 27.7.2021)
- MORGAN Rachel E. ve OUDEKERK Barbara A., Criminal Victimization, US Department of Justice, 2018. <<https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/cv18.pdf>> (Erişim tarihi 27.7.2021)
- National Union of Students (NUS), Hidden Marks: A Study of Women Students' Experiences of Harassment, Stalking, Violence and Sexual Assault, 2010, <<https://www.nusconnect.org.uk/resources/hidden-marks-a-study-of-women-students-experiences-of-harassment-stalking-violence-and-sexual-assault>> (Erişim tarihi 27.7.2021).
- O'Melveny, Biden Executive Order on Title IX: Where We've Been and Where We're Going, (Mart 2021), <<https://www.omm.com/resources/alerts-and-publications/alerts/biden-executive-order-on-title-ix/>> (Erişim tarihi 27.7.2021).
- OHLHEISER Abby, The Woman Behind 'Me Too' Knew the Power of the Phrase When She Created It-10 Years Ago, Washington Post (19 Ekim 2017). <<https://www.washingtonpost.com/news/the-intersect/wp/2017/10/19/the-woman-behind-me-too-knew-the-power-of-the-phrase-when-she-created-it-10-years-ago/>> (Erişim tarihi 27.7.2021).
- RENNISON Callie M., Rape and Sexual Assault: Reporting to Police and Medical Attention, 1992-2000, US Department of Justice, 2002. <<https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/rsarp00.pdf>> (Erişim tarihi 28.7.2021).
- RUSSELL Diana E. H., 'Femicide: Politicizing the Killing of Females', Strengthening Understanding of Femicide: Using Research to Galvanize Action and Accountability içinde, Seattle, WA: PATH, 2008.
- SAUL Stephanie, 'Victim Feminism' and Sexual Assault on Campus, New York Times (7 Nisan 2020) <<https://www.nytimes.com/2017/11/03/education/edlife/christina-hoff-sommers-sexual-assault-feminism.html>> (Erişim tarihi 27.7.2021).

- ŞENER Gülüm vd., Cinsiyetçi Dijital Şiddetle Mücadele Rehberi, Toplumsal Bilgi ve İletişim Derneği ve Alternatif Bilişim Derneği, 2019. <<https://www.stgm.org.tr/e-kutuphane/cinsiyetci-dijital-siddetle-mucadele-rehberi>> (Erişim tarihi 27.7.2021).
- ŞİMŞEK Aslı A. ve SONGUR Damla, Cinsiyetçilik, Cinsel Taciz ve Saldırıya Karşı Kadın Çalışma Merkezlerinin İşlevi: Bir Saha Çalışmasının Düşündürdükleri, Üniversitelerde Cinsel Taciz ve Saldırıyla Mücadele: CTS Çalışmaları içinde, 2018.
- TUTCHELL Eva ve EDMONDS John, Unsafe Spaces: Ending Sexual Abuse in Universities, Emerald Publishing Limited, 2020.
- UNDP, Sustainable Development Goals, <<https://www.undp.org/sustainable-development-goals>> (Erişim tarihi 27.7.2021).
- UNDP ve UN, From Commitment to Action: Policies to End Violence Against Women in Latin America and the Caribbean, 2017, <https://www.latinamerica.undp.org/content/rblac/en/home/library/womens_empowerment/del-compromiso-a-la-accion-politicas-para-erradicar-la-violenci.html> (Erişim tarihi 27.7.2021).
- United States Department of Education Office for Civil Rights, <<https://www2.ed.gov/about/offices/list/ocr/letters/colleague-201104.pdf>> (Erişim tarihi 27.7.2021).
- UN Women, Guidance Note on Campus Violence Prevention and Response, 2018, <https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2019/campus-violence%20note_guiding_principles.pdf?la=en&vs=3710> (Erişim tarihi 27.7.2021).
- UN Women, Online and ICT* Facilitated Violence Against Women and Girls During COVID-19, 2020. <<https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2020/brief-online-and-ict-facilitated-violence-against-women-and-girls-during-covid-19-en.pdf?la=en&vs=2519>> (Erişim tarihi 27.7.2021).
- US Department of Justice, Rape and Sexual Assault Victimization Among College-Age Females, 1995–2013, 2014, <<https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/rsavcaf9513.pdf>> > (Erişim tarihi 27.7.2021).
- USV React, <<https://usvreact.eu/>> (Erişim tarihi 27.7.2021).
- Üniversitelerarası Cinsel Taciz ve Saldırıya Karşı İşbirliği Grubu Ortak Metni, <<https://ctsuni.wordpress.com/2019/11/26/universitelerarası-cinsel-taciz-ve-saldiriya-karsi-isbirligi-grubu-ortak-metni/>> (Erişim tarihi 27.7.2021).
- WATKINS Shannon, Campus Feminism: The Real War on Women (7 Mart 2018), <<https://www.jamesgmartin.center/2018/03/campus-feminism-real-war-women/>> (Erişim tarihi 27.7.2021).

WEBER Peter, The Depressingly Long History of Sexual Harassment Turning Points: Here's How We Got to the #MeToo Reckoning, The Week (27 Kasım 2017). <<https://theweek.com/articles/738873/depressingly-long-history-sexual-harassment-turning-points>> (Erişim tarihi 27.7.2021).

WESSEL Lindzi ve ORTEGA Rodrigo P., 'The spark has ignited.' Latin American Scientists Intensify Fight Against Sexual Harassment, ScienceMag (20 Şubat 2020), <<https://www.sciencemag.org/careers/2020/02/spark-has-ignited-latin-american-scientists-intensify-fight-against-sexual>> (Erişim tarihi 27.7.2021).

World Health Organization, Global and Regional Estimates of Violence Against Women: Prevalence and Health Effects of Intimate Partner Violence and Non-Partner Sexual Violence, 2013. <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/85239/9789241564625_eng.pdf;jsessionid=F5C682369E4C3C0A79395B3BC6E7BBC9?sequence=1> (Erişim tarihi 27.7.2021).

World Health Organization, Understanding and Addressing Violence Against Women, 2012. <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/77421/WHO_RHR_12.38_eng.pdf;jsessionid=040B-C3E1C7992E4206755F2C6D4FC8A6?sequence=1> (Erişim tarihi 27.7.2021).

YÖK, Yükseköğretim Kurumları Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Tutum Belgesi, <<https://ctsuni.files.wordpress.com/2018/12/yc3bcksek-3b6c49fretim-kurumlarc4b1-toplumsal-cinsiyet-ec59fitlic49fi-tutum-belgesi.pdf>> (Erişim tarihi 27.7.2021).

YÜKSEL Şahika ve SANER Suzan S., Cinsel Şiddeti Açıklamak-Açıklamayı Geri Çekmek, Hak Aramak Ve Bariyerler, Bianet (18 Haziran 2019) <<https://m.bianet.org/bianet/toplumsal-cinsiyet/209422-cinsel-siddeti-aciklamak-aciklamayi-geri-cekme-hak-aramak-ve-bariyerler>> (Erişim tarihi 28.7.2021).

<<https://revoltsexualassault.com/research/>> (Erişim tarihi 27.7.2021).

<<https://revoltsexualassault.com/wp-content/uploads/2018/03/Report-Sexual-Violence-at-University-Revolt-Sexual-Assault-The-Student-Room-March-2018.pdf>> (Erişim tarihi 27.7.2021).

<<https://www.itsonus.org/>> (Erişim tarihi 27.7.2021).

<<https://kockam.ku.edu.tr/events/universitelerde-cinsel-taciz-ve-istismar-arastirmasi/>> (Erişim tarihi 27.7.2021).

<<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/459/1/1392608/>> (Erişim tarihi 27.7.2021).

TERÖRLE MÜCADELEDE GÖREV ALMIŞ KAMU GÖREVLİSİNİN HÜVİYETİNİN AÇIKLANMASI, YAYINLANMASI VE HEDEF GÖSTERİLMESİ SUÇU (TMK Md. 6/1.)*

Dr. Öğr. Üyesi Timuçin KÖPRÜLÜ**

Özet

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, yürürlüğe girdiği tarihten beri tartışmalara sebep olmuş¹, defalarca değiştirilmiş, Anayasa Mahkemesi tarafından bazı hükümleri iptal edilmiştir. Geçmişten günümüze, gerek iç hukukta gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde davalara ve kararlara konu olan suç tipi, terörle mücadelede görev almış kamu görevlisinin hüviyetinin açıklanmasını, yayınlanmasını veya kamu görevlisinin hedef gösterilmesini cezalandırmaktadır. Kamu görevlisinin yaşam hakkını veya vücut bütünlüğünü korumayı amaçlayan düzenlemede mağdurun terörle mücadelede görev almış olması gerekmektedir. Terörle mücadelede görev almış kavramının, uygulamada sorun yaratabilecek şekilde geniş bir biçimde algılandığı görülmektedir. Bu ifadenin aktif bir biçimde terörle mücadelede yer almış ya da istihbari destek sağlamış kamu görevlisi olarak dar biçimde anlaşılması gerekmektedir. Diğer yandan kamu görevlilerinin hüviyetlerinin açıklanması veya yayınlanması yine uygulamada basın hürriyetiyle ve hak arama hürriyetiyle çatışır bir görünüm arz etmektedir. Çalışmamızda suç tipinin unsurlarına ve ilgili yargı kararlarına, düzenlemenin sorun teşkil ettiğini düşündüğümüz kısım-

* Eserin dergimize geliş tarihi: 28/07/2021. İlk hakem raporu tarihi: 31/07/2021. İkinci hakem raporu tarihi: 03/08/2021.

** Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, timucin.koprulu@atilim.edu.tr, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-6580-091X.

1 TMK üzerine pek çok eser yazılmasına rağmen, TMK 6/1. Maddedeki suç tipini esas alan sadece bir makale Prof. Dr. Köksal Bayraktar tarafından kaleme alınmıştır.

larına dair önerilerimizi ortaya koyarken suç tipinin basın hürriyetiyle bağlantısına da geniş yer vermeyi uygun gördük.

Anahtar Kelimeler: Terörle Mücadele Kanunu, Hedef Gösterme, Basın Suçları, Basın Hürriyeti, Kanunilik İlkesi

**CRIME OF DISCLOSING, PUBLISHING OR TARGETING OF
THE PUBLIC OFFICIALS THAT SERVED IN THE STRUGGLE
AGAINST TERRORISM (TMK Art. 6/1)**

Abstract

The Anti-Terror Law No. 3713 stirred up various debates since its coming into effect, was amended several times and some of its clauses were annulled by the Turkish Constitutional Court. The crime that was both stipulated in domestic law and was subject to court cases at and decisions of the European Court of Human Rights has always aimed to punish the disclosing, publishing or targeting of the public officials that served in the struggle against terrorism. As such, the regulation aims to protect the right to life or physical integrity of the public officials. The victim of the crime has to be someone who served in the struggle against terrorism. However, in practice, the term “serving in the struggle against terrorism” is interpreted too broadly, which causes problems. This term should be interpreted in a narrower manner to signify the public officials who served actively in the struggle against terrorism or provided intelligence support. Meanwhile, the punishment of disclosing or publishing of the identities of public officials leads to decisions that violate freedom of press and the right to seek legal remedies, in practice. This study elaborates on the aspects of this crime, related judicial decisions and recommendations on the challenging aspects of the regulation, while analyzing broadly the links between the crime and freedom of press.

Keywords: The Anti Terror Law, Targeting of public officials, Press Offences, Freedom of Press, Principle of Legality

I. SUÇ TİPİYLE İLGİLİ GENEL AÇIKLAMALAR

Terörle Mücadele Kanunu'nun (TMK) “Açıklama ve yayınlama” başlığını taşıyan 6. Maddesinin ilk fıkrasında *terörle mücadelede görev almış kamu görevlilerinin hüviyetlerinin açıklanması veya yayınlanması veya bu yolla terörle mücadelede görev almış kişileri hedef göstermek cezalandırılmıştır. Bu suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde, basın ve yayın organlarının suçun işlenişine iştirak etmemiş olan yayın sorumluları hakkında da adli para cezası öngörülmüştür.*

TMK 6. maddenin de yer aldığı bir kısım suçların, doğrudan doğruya teröre bağlı olmadığı, ancak dolaylı biçimde bağlantılı olduğunun varsayılarak TMK içine dâhil edildiği görüşü doktrinde hakimdir². Bu nedenle TMK 6. maddede yer alan suç tipi “teröre destek suçu”, “teröre yardım ve destek olma suçu” olarak isimlendirilmektedir. Bu durumda TMK 6. maddedeki suç tipi, TMK’da terör faaliyeti kapsamına giren suçlarla ilgili yapılan 3. madde kapsamındaki mutlak ve 4. madde kapsamındaki nispi terör suçları ayrımının³ dışında yer alan ve dolaylı biçimde terörle bağlantılı olan bir suç tipidir. Taner, bu üçüncü grup suçların, uydu suçlar (délits satellites) olarak isimlendirilebileceği ve bunların mutlak ve nispi terör suçlarının hazırlanmasında, işlenmesinde esaslı bir etkisi olacağı görüşündedir⁴.

2 Bayraktar, Köksal, “Teröre Destek Suçu”, Prof.Dr.Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayını, İstanbul 2004, s. 173; Zafer, Hamide, *Ceza Hukukunda Terörizm*, Beta Yayınları, 1998, s. 131.

3 Mutlak-Nispi terör suçları ayrımı için bkz. Turinay, Faruk, *Ceza Hukukunda Terör Amaçlı Örgütlenme Suçu*, Seçkin Yayıncılık, 2018, 1. Baskı, s. 60-63; Zafer, *Ceza Hukukunda Terörizm*, s. 124-131.

“Mutlak terör suçları, suçun kanuni tanımı ve mahiyeti gereği terör amacına yönelik suçlar olarak tarif edilebilir. (...) Nispi terör suçları kural olarak terör suçu değil, adi suç niteliğindedir. Bu suçlar terör dışında herhangi bir saikle ya da saik olmaksızın işlendiklerinde adi suç olma özelliklerini korumaktadır. Fakat sözü edilen suçlar ancak ve ancak terör amaç ve yöntemleriyle hareket eden bir suç örgütünün faaliyeti kapsamında işlenmesi halinde terör suçu sayılmaktadır”. Bkz. Turinay, Faruk, “Terörle Mücadele Kanunu’na Göre Mutlak ve Nispi Terör Suçları”, İnsan&İnsan, 2019, sy. 20, s. 340,344.

4 Taner bu ayrımı, 16 Kasım 1937 tarihinde Milletler Cemiyeti bünyesinde Cenevre’de imzalanan; Türkiye’nin de imzacısı olduğu Tedhişçiliğin (Terörizmin) Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi’ne dayanarak yapmaktadır. Sözleşme’nin üç grupta topladığı terörizm bağlantılı fiiller 2. ve 3. Maddelerde sayılmaktadır. Peyk suçlar olarak yazarın isimlendirdiği Sözleşmenin 3. Maddesinde fiiller ise, terörist eylemler için örgüt kurma, anlaşma ve alenen terör suçları işlemeye tahriktir. Bkz. Taner, Tahir, *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1953, 3. Baskı, s. 125-126. Tedhişçilik Sözleşmesi’nin metni için bkz. <https://dl.wdl.org/11579/service/11579.pdf> (14.07.2021)

Makalemizin konusunu oluşturan TMK 6/3. maddesi aynı Kanun'un 14. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde, TMK kapsamına giren suçlar ve suçluları ihbar eden muhbirlerin hüviyetlerini rızaları olmadıkça veya ihbarın mahiyeti haklarında suç teşkil etmedikçe açıklamak veya yayınlamak suç olarak düzenlenmiştir.

Türk hukuk sisteminde taşıdıkları özellikler nedeniyle bazı kişilerin kimliklerinin açıklanması ya da yayınlanmasını yasaklayan başka düzenlemeler de bulunmaktadır.

2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 12/2. Maddesine göre MİT personelinin kimliğinin gizlenmesi esastır. Aynı Kanun'un 27/2. maddesine göre de MİT mensuplarının ve ailelerinin kimliklerini, makam, görev ve faaliyetlerini herhangi bir yolla ifşa etmek üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Bu bilgi ve belgelerin; radyo, televizyon, internet, sosyal medya, gazete, dergi, kitap ve diğer tüm medya araçları ile her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim araçları vasıtasıyla yayımlanması, yayılması ve açıklanması hâlinde; 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 11. maddesi ile 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 4 ve 6. maddeleri hükümlerine göre sorumlulukları belirlenenler ile bunları yayanlar hakkında üç yılda dokuz yıla kadar hapis cezası verilir.

5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu'nun 5. maddesine göre, tanık koruma tedbiri olarak öngörülen kimlik ve adres bilgilerinin gizli tutulması esastır. Gizlilik kuralını düzenleyen aynı Kanun'un 18(3). maddesine göre de koruma kararlarının alınmasında ve uygulanmasında yer alan kamu görevlileri ile bu işlemlerde her ne şekilde olursa olsun görev alan diğer kişiler, bu görevleri nedeniyle öğrendikleri bilgileri görev sona erdikten sonra da açıklayamazlar. Aksi yönde bir davranışın Kanun'un 20. maddesinde cezalandırıldığı görülmektedir. Buna göre, öğrenilen bilgi ve belgelerin açıklanması, yayınlanması veya her ne şekilde olursa olsun başkalarının bu bilgi ve belgeleri edinmesini ya da erişimini kolaylaştırılması, fiil başka bir suç oluştursa bile ayrıca TCK 258. maddeye uyarınca cezalandırılır.

5275 sayılı Cezaların ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da da hedef göstermeyle ilgili bir düzenleme bulunmaktadır. Hükümlünün, mektup, faks ve telgrafları alma ve gönderme hakkını düzenleyen 68. maddenin üçüncü fıkrasına göre, kurum görevlilerini hedef gösteren nitelikteki mektup, faks ve telgraflar hükümlüye verilmez, hükümlü tarafından yazılmış ise de gönderilmez⁵. Hükümlünün bu şekilde kurum personelini hedef gösteren bir mektup, faks ya da telgraf göndermeye teşebbüs etmesi, ilgili Kanun'da, diğer şartların da gerçekleşmesi koşuluyla kınama (39/2/a) ve hücreye koyma (44/2/j) disiplin cezasıyla cezalandırılabilir.

Düzenleme daha yasalasmadan özellikle hüviyetlerin açıklanması ve yayınlanması hareketleri iki yönden çeşitli eleştirilere maruz kalmıştır. Bunlardan ilki işkence suçlarında cezasızlık tehlikesi yaratma ihtimali diğeri ise basın hürriyetidir. TMK'nın TBMM görüşmelerinde bahsi geçen düzenlemenin bu tür görevlilerin her türlü icraatını kamunun bilgisi ve eleştirisi dışında tutmayı amaçladığı, devamlı yakınılan işkence olaylarını teşvik edecek ya da en azından işkencecileri yüreklendirecek nitelikte olduğu ve işkenceye tabi tutulan kişilerin kendilerine işkence yapanları açıklamalarını ve bu konuda adlî yollara başvurmalarını da önleyebileceği ileri sürülmüştür⁶. Diğer bir eleştiri de normal bir vatandaşın işlediği bir adi suçta isminin basın yoluyla haber yapılmasına rağmen, kamu görevi yaparken, hem de daha vahim bir biçimde suç işleyen kamu görevlisinin isminin yazılmamasının mantıkla ve hukukla ilgisinin olmadığıdır⁷.

- 5 Anayasa Mahkemesi, Musa Kaya Başvurusu (BN: 2013/2351), K.T. 16.09.2015, par. 12-17. Başvuruya konu olayda hükümlünün, İnsan Hakları Derneği'ne faks çekmek istediği mektup kurum işleyişi ile ilgili yalan yanlış iddialar öne sürdüğü, bu amaçla kamuoyunda kuruma dair kötü bir imaj kazandırma ve kurumu hedef gösterme gayesi olduğu gerekçesiyle sakıncalı bulunarak alıcısına Ceza İnfaz Kurumu Disiplin Kurulu'nun kararıyla gönderilmemiştir ve hükümlünün bu karara dair itirazları da reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesi benzer bir konudaki Ahmet Temiz Başvurusu'na da atıf yaparak (BN: 2013/1822, K.T. 20.05.2015), başvurunun ileri sürdüğü iddiaların gerçeğe uygun olmadığı değerlendirilse bile Ceza İnfaz Kurumu idaresinin bu iddiaların insan hakları alanında faaliyet gösteren sivil organizasyonlara ve kamu makamlarına ulaştırılmasının engellenmesinin kabul edilemez olduğunu ifade ederek, (par. 66) mektubun alıkonmasının "demokratik bir toplumda gerekli" ve "ölçülü" olmadığı gerekçeleriyle haberleşme hürriyetinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır (par.69).
- 6 SHP Grubu adına Ali Haydar Aydoğan'ın konuşması, TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 18, Cilt: 59, Yıl: 4, 106. Birleşim, s. 225. Aynı görüş SHP milletvekili Ömer Türkçakal tarafından da dile getirilmiştir. Bkz. Tutanak Dergisi, s. 280.
- 7 Kemal Anadol'un konuşması, Tutanak Dergisi, s. 284. Mahmut Alınak da benzer biçimde düzenlemeyi eleştirirken şu ifadeleri kullanmıştır: "Gözümlü alman, işkence gören ya da

TBMM'deki tartışmalarda suç işleyen kamu görevlilerinin isimlerinin açıklanamamasının hak arama hürriyetine de müdahale teşkil ettiği savunulmuştur⁸.

Düzenlemenin aleyhine konuşan milletvekilleri, getirilen bu yeni suç tipiyle basın özgürlüğünün ortadan kaldırıldığını⁹ ve bunun bir çeşit sansür¹⁰ olduğunu ileri sürmüşlerdir.

Terörle mücadelede görev almış kamu görevlilerinin hüviyetlerinin açıklanması ve yayınlanması biçimindeki suç tipine yönelik doktrinde de eleştiriler¹¹ getirilmiştir. Tanör, kamu görevlilerinin kimliklerinin açıklanmasının cezalandırılmasının, yurttaşlara kötü muamele alışkanlığının sürdüğü ortamlarda, kanunsuz davranışları sergileyenleri cesaretlendireceği, anılan düzenlemenin bir bütün olarak hem orantısız ve ölçüsüz hem de basının haber alma ve haber verme özgürlükleri üzerinde vahim bir tehdit olduğu görüşündedir¹². Özgen, TMK 6. madde düzenlemesinin serbestçe bilgi alma hakkını yok ettiğini, bunun da demokratik kamuoyu oluşumunu engellediğini ve müsaade edilen ölçüde olaylardan haberdar olma sonucunu doğurduğunu dile getirmektedir¹³. Aynı görüşte olan Çağlar da TMK 6, 7 ve 8. maddelerinin birlikte okunursa her türlü bilgi ve düşünceye ulaşma, haber verme ve eleştiri hakkına aykırılıklar içerdiğini belirtmektedir¹⁴.

Zafer ise bu görüşün adi suçlar için geçerli olacağı, özellikle örgütlü suçlarla mücadelede gizli ajan olarak çalışan elemanların kim-

işkence sonucu öldürülen ya da emniyet müdürlüklerinin, nezarethanelerin bulunduğu binaların yüksek katlarından atılarak öldürülen insanların katillerini, işlenen suçların faillerini, kısacası suçluları açıklamayacaksınız, yazmayacaksınız". Bkz. Tutanak Dergisi, s. 285.

8 Vedat Altun'un konuşması, Tutanak Dergisi, s. 288.

9 Mahmut Alınak'ın konuşması, Tutanak Dergisi, s. 285.

10 Vedat Altun'un konuşması, Tutanak Dergisi, s. 288.

11 Terörle Mücadele Kanunu'ndaki düzenlemelerin eleştirisi için ayrıca bkz. Erman, Sahir, "Terörle Mücadele Kanunu'nun Kanun Yapma Tekniği ve Eşitlik İlkesi Açılımlarından İncelenmesi", İstanbul Barosu Dergisi, 1991, sy. 4-6.

12 Tanör, Bülent, "Terörle Mücadele Kanunu Üzerine İlk Düşünceler", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, c. 10, 1990, sayı: 1-2, s. 169.

13 Özgen, Eralp, "Terörizmle Mücadele Yasasının Değerlendirilmesi", İstanbul Barosu Dergisi, 1991, sy. 4-6, s. 404. "Terörizmle mücadele için yapılacak yasalar, insan haklarına, hukuk devleti kavramına, Anayasal hükümlere ve ceza hukukunun temel ilkelerine aykırı olmamak durumundadır. Amacın haklılığı her türlü aracı haklı kılmaz". Bkz. Özgen, s. 397.

14 Çağlar, Bakır, "3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu Üzerine Bir Not", İstanbul Barosu Dergisi, 1991, sy. 4-6, s. 423.

liğinin açıklanması nedeniyle hem o şahısların can güvenliğinin hem de terörle mücadelenin tehlikeye gireceğinin gözden kaçırılmaması gerektiği düşüncesindedir¹⁵. Özek de TMK 6/1. maddedeki suç tiplerinin suç genel teorisinin öngördüğü unsurlardan yoksun olduğu ve ceza sorumluluğunun genel kurallarıyla bağdaşmadığı¹⁶ iddiasındadır.

TBMM'deki tartışmalardaki bir hususu dile getiren Toroslu ise, bahis konusu düzenlemenin kamu görevlilerinin her türlü icraatını kamunun bilgisi ve eleştirisi dışında tutmayı amaçladığını, oysa kamu görevlilerinin yine kamuyu ilgilendiren icraatının kamuya duyurulmasının, eleştirilmesinin basın özgürlüğünün ve demokratik hukuk devletinin gereği olduğunu ifade etmektedir. Toroslu, TMK 6/1. maddenin, basın özgürlüğü ve demokratik hukuk devletinin gerekleriyle çatışmasının yanı sıra, devamlı şekilde yakınılan işkence olaylarını da teşvik edeceğini ve işkencecileri yüreklendireceğini belirtmektedir¹⁷.

A. KORUNAN HUKUKSAL DEĞER

Terörle mücadelede görev almış kamu görevlilerinin hüviyetlerinin açıklanması veya yayınlanması bu görevi ifa eden kişilerin beden bütünlüğü ve can güvenliği bakımından tehlike yaratabilecek niteliktedir. *Hedef gösterme* şeklindeki seçimlik harekette ise bu tehlike daha somut bir biçimde ortaya çıkar. Bu durumda maddede düzenlenen seçimlik hareketli suçlarda kanaatimizce öncelikli olarak kamu görevlilerinin yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü korunmaktadır¹⁸. Diğer yandan bu şekilde bir ifşa ya da hedef göstermeyle devletin hukuk kuralları çerçevesinde terörle mücadelesinin de zaafiyete uğraması, bahsi geçen kişilerin görevlerini gereği gibi¹⁹ yapamaması mümkündür. Diğer bir deyişle, kanun koyucu terörizm ile mücadele

15 Zafer, *Ceza Hukukunda Terörizm*, s. 132.

16 Özek, Çetin, “Terör ve Terörle Mücadele Kanunu”, İstanbul Barosu Dergisi, 1991, sy. 4-6, s. 370.

17 Toroslu, Nevzat, “Terörle Mücadele Kanunu”, İstanbul Barosu Dergisi, 1991, sy. 4-6, s. 393.

18 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun genel gerekçesinde “Tasarı ile ... görevli kuruluş ve personelin güvence altına alınması gibi hususlara yer verilmekte...” ifadesi temelde korunan değerın kamu görevlilerinin hayat ve vücut dokunulmazlığı olduğu görülmektedir.

19 Bayraktar, s. 177.

eden görevli kuruluş ve personelin güvence²⁰ altına alınmasını ön-görmüştür²¹. Kurt'a göre terörle mücadelede başarılı olabilmek için öncelikle iyi bir haber alma ağının kurulması ve işletilmesi, terör odaklarını destekleyen mali kaynakların kurutulması, ekonomik, siyasi ve hukuki gerekli tedbirlerin alınmasının yanı sıra, özellikle bu konuda deneyimli, bilgili, özel eğitimden geçmiş elemanlara ihtiyaç vardır. Terörle mücadelede aktif olarak görev alan bu kişilerin terör örgütlerinin ilk hedefleri olacağı yine yazara göre aşıkardır ve bu nedenle bu kişileri korumak, görevlerini gereği gibi yapmalarını sağlamak terörle mücadelede asli unsurlardan biridir²².

Bayraktar, TMK'nın 6. maddesinde yer alan suç ile korunmak istenen hukuki menfaatin, terörün yaşanmadığı bir toplumsal hayat olduğu düşüncesindedir. Toplumsal ve siyasal düzeni alabildiğine, temelden yıkmayı hedefleyen ve bu amaç doğrultusunda her türlü yıkıcı ve bozucu yönetime başvurarak, en önemli değer yargılarını ortadan kaldırarak, korku, dehşet ve yılgınlık yaratmaya çalışan eylemlerin ön aşamaları ya da etkileri bu suç ile önlenmek istenilmektedir. Bu açıdan yine Bayraktar'a göre, korunan hukuki menfaat, toplumsal düzeni bütünü ile ortadan kaldırmaya çalışan şiddet eylemlerinin hazırlıklarını ya da etkilerini ortadan kaldırmak yani terörün önlenmesi ve toplumsal barış ile düzenin devamının sağlanmasıdır²³.

Özek de TMK'nın bütününden hareketle, benzer biçimde TMK 6-8. maddelerinde terör eyleminin engellenerek, kamu düzeninin,

-
- 20 5271 sayılı CMK'nın soruşturma evresindeki işlemlerin tutanağa bağlanmasını düzenleyen 169(7). maddesine göre Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısımının Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (318, 319, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç) ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun kapsamına giren suçlarla ilgili yürütülen soruşturma ve kovuşturmalarda, kolluk tarafından düzenlenen tutanaklara, ilgili görevlilerin açık kimlikleri yerine sadece sicil numaraları yazılır. Kolluk görevlilerinin ifadesine başvurulması gerektiği hâllerde çıkarılan davetiye veya çağrı kâğıdı, kolluk görevlisinin iş yeri adresine tebliğ edilir. Bu kişilere ait ifade ve duruşma tutanaklarında adres olarak iş yeri adresleri gösterilir.
- 21 Gökmen'e göre düzenleme ile terörle mücadelede görev alanların korunması amaçlanmıştır. Bkz. Gökmen, Derda, *Uygulamada Terörle Mücadele Kanunu ve Devlet Sırlarına Karşı Suçlar*, Adalet Yayınevi, 2017, 3. Baskı, s. 172. Akbulut da benzer biçimde ilk fıkra düzenlemesinin resmi görevlileri terör eylemlerinden koruma amaçlı olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Akbulut, İlhan, *Gereğeli Terörle Mücadele Kanunu ve Açıklaması*, Kazancı Yayınları, 1993, s. 104.
- 22 Kurt, Şahin, *Uygulamada Terör Suçları ve İlgili Mevzuat*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1998, s. 388-399.
- 23 Bayraktar, s. 174-175.

devletin varlığını korumanın normun amacı olduğu düşüncesindedir²⁴.

B. SUÇUN UNSURLARI

1. Maddi Unsur

a. Fail

Terörle mücadelede görev almış kamu görevlilerinin hüviyetlerinin açıklanması veya yayınlanması ya da hedef gösterilmesinde herkes suçun faili olabilir²⁵. TMK 6. maddede suçun failinin belli bir niteliği suçun unsuru olarak belirtilmediği için düzenleme bir özgü suç değildir. Fail, bir kamu görevlisi olabileceği gibi, bir terör örgütü üyesi ya da sivil bir vatandaş da olabilir. TMK kapsamına giren suçların kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesini cezayı ağırlaştıran bir nitelikli hâl olarak düzenleyen 8/A maddesi uyarınca, failin bu şartlar dâhilinde suçu işlemesi durumunda, ceza yarı oranında arttırılır.

Diğer yandan TMK 6/4. maddeye göre suçun basın yayın yoluyla işlenmesi halinde, basın ve yayın organlarının suçun işlenişine iştirak etmemiş olan yayın sorumluları da fail olarak adli para cezasıyla cezalandırılmaktadır. TCK 6(1)(g) maddesindeki tanımdan hareketle, kitap, gazete, dergi gibi her türlü yazılı, televizyon gibi görsel, radyo ya da podcast gibi işitsel ve Internet, sosyal medya veya dijital yayın platformları gibi elektronik kitle iletişim²⁶ araçlarıyla²⁷ yapılan

24 Özek, Çetin, *Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına*, 1999, Alfa Yayınları, s. 36.

25 Bayraktar, s. 175; Kurt, s. 388.

26 5651 sayılı Internet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun kapsamında Internet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi ya da veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişiler içerik sağlayıcı olarak tanımlanmıştır (Md. 2(1)(f)). Aynı Kanun'un 4. maddesine göre içerik sağlayıcı, Internet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumlu olmasına rağmen başkasına ait içerikten sorumlu değildir. Bunun istisnası, sunuş biçiminden, bağlantı sağlanan içeriğin benimsendiği ve kullanıcının söz konusu içeriğe ulaşmasının amaçlandığı açıkça belli ise içerik sağlayıcı genel hükümlere göre sorumlu olur.

27 Diyarbakır ilinde terörle mücadelede görev alan polis memurunun elinde silahla, www.cumhuriyet.com.tr isimli haber sitesinde görüntüsüne yer verilmesiyle ilgili haber sitesinin yayın yönetmeni hakkında açılan davaya dair istinaf incelemesinde İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesi, internet ortamında yayınlanan yazı ve görsellerde basılmış eserlerden söz edilemeyeceği de göz önüne alındığında TMK 6/4. maddenin uygulanamayacağına bizce hatalı bir biçimde karar vermiştir. Bkz. İstanbul BAM, 2.CD., 2017/360 E., 2017/918 K., 18.05.2017 KT. (Legal Online)

yayınlarda, bahis konusu düzenlemenin ihlali yayın sorumlularının²⁸ cezai sorumluluğunu gerektirebilecektir.

TMK'nın ilk hâlinde bu madde kapsamındaki suçların 5680 sayılı Basın Kanunu'nun 3. maddesindeki *mevkuteler* vasıtasıyla işlenmesi hâlinde, ayrıca sahiplerine de ağır para cezası verileceği, mevkutelerin sorumlu müdürlerinin de sahiplerine uygulanacak cezanın yarısıyla cezalandırılacağı düzenlenmekte idi. Dönemin Ana Muhalefet Partisi Sosyal Demokrat Halkçı Parti'nin somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne, TMK'nın pek çok hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle yaptığı başvuruda, bu düzenlemede yer alan *"ayrıca sahiplerine de"* ifadesinin de ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesini ihlal ettiği iddiası da bulunmaktaydı. Konuyu bu bağlamda inceleyen Anayasa Mahkemesi 1992 yılında hükmü beşe karşı altı oyla ve şu gerekçeyle Anayasa'ya aykırı bulmamıştır²⁹.

28 Av. Fikret İlkiz, katıldığı bir radyo programında yayın sorumlusu kavramının muğlaklığına vurgu yapmıştır: *"Yayın sorumlusunun tespitinde bile sorun yaşanacaktır; kaldı ki, yayın sorumlusu, aslında programın içeriğinde sorumluluk üstlenmeden, sadece programı gerçekleştiren kişi olabilir. Dolayısıyla, yasalarda yer alan tanımlarla basın yayın dünyasındaki tanımların ortak paydasını tespit etmeden yapılmış olan bu kanun, bu madde ve bu madde değişiklikleri, gerçeklere uymayan ve ceza hukuku ilkeleri bakımından suç ve cezadaki kişiselliğe aykırı olan düzenlemelerdir"*. Açık Radyo, Medya Konuşmaları XXIV: Basın ve İfade Özgürlüğü, 8 Ağustos 2006, <https://acikradyo.com.tr/arsiv-icerigi/medya-konusmalari-xxiv-basin-ve-ifade-ozgurlugu> (14.07.2021)

29 Anayasa Mahkemesinin gerekçesi şu şekildedir: "Dava konusu kuralla süreli yayın sahipleri yönünden nesnel (objektif) sorumluluk ilkesi getirilmiştir. Gerçekten, 6. maddenin son fıkrasında "kasıt", "bilerek yayınlama" ve "iştirak"den söz edilmeksizin, yukarıdaki eylemlerin süreli yayınlarla işlenmesi durumunda, "ayrıca sahiplerine de; "... ağır para cezası verilir" denilerek, süreli yayın sahiplerinin sorumlu tutulmaları için, sahibi bulundukları yayınlarda, bu nitelikte bir yazı ya da resmin bulunması yeterli sayılmaktadır. İnceleme konusu kuralın uygulanması için, maddenin ilk üç fıkrasındaki eylemlerin süreli yayın yoluyla işlenmesi gerekli ve yeterlidir. İptali istenen kuralda öznel (subjektif) sorumluluk yerine nesnel sorumluluk ilkesi kabul edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin 21.9.1966 günlü, 1966/36 sayılı kararında da (Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi., Sayı: 4, Sahife: 250) belirtildiği gibi, mevkute ve eser sahibinin sorumluluğu konusunda bir kimsenin eyleminden dolayı diğer bir kimseye ceza sorumluluğu yükleniyor gibi görünmekte ise de, gerçekte, sorumluluğun hukuksal nedeni sorumlu tutulanların kendi kusuruna, dayanmaktadır. Bu kusur, yükümlü olduğu özeni göstererek yasak eylemin işlenmesine engel olmamaktan doğmakta ve böylece sorumlu tutulan kimsenin davranışı ile meydana gelen sonuç arasında nedensellik (illiyet) bağı kurulmaktadır.

Günümüzde basın, temsil ettiği teknolojik düzey ve sermaye gücüyle endüstriyel ve ticari bir sektördür. Başta yazı işleri müdürü olmak üzere gazetede çalışan basın mensuplarının özenle seçilmelerini sağlamak gazete sahibinin görevidir. Terörü önleme konusunda getirilen kuralların eksiksiz uygulanması gereği ve bir bütünlük taşıması toplum yararına kamu düzeni için genel kurallara ayrıklık oluşturan hükümler konulması zorunluluğunu getirmektedir. Bu nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 38. maddesindeki cezaların kişiselliği

Çalışmamızın kaleme alındığı tarihte Anayasa Mahkemesi Başkanı olan Prof. Dr. Zühtü Arslan, 2007 yılında kaleme aldığı bir makalede bu kararla ilgili olarak Mahkeme'nin görüşüne katılmadığını şu gerekçelerle ortaya koymakta ve bir kehanette bulunarak bu hükmün ileride iptal edileceğini belirtmektedir:

“Yayın sorumlularının sürelî yayınlarda yayınlanan yazılardan dolayı sorumluluklarının söz konusu olması belki anlaşılabilir. Zira bu kişiler yayınlanan haber ve makaleleri denetleme yetkisine sahip oldukları için konusu suç teşkil eden yazıların yayınlanmasında bir ölçüde ortak sorumluluğa sahip oldukları söylenebilir. Ancak, sürelî yayın sahiplerinin de sorumlu tutulmasını anlamak zordur. Özellikle onlarca ulusal ve yerel sürelî yayına sahip kişilerin yayınlanan yazılardan dolayı sorumlu tutulmaları, cezaların şabsiliği ilkesini ihlal edici niteliktedir”³⁰.

Sayın Anayasa Mahkemesi Başkanı'nın makalesindeki kehanetinin ne kadar isabetli olduğu Anayasa Mahkemesi'nin 2009 tarihli bir kararıyla ortaya çıkmıştır. Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer'in 5532 sayılı Kanun'la TMK'da yapılan aralarında TMK 6/4. maddesinin de bulunduğu değişikliklerin³¹ bir kısmının Anayasa'ya aykırılığı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi basın yayın organlarının sahiplerini cezalandıran düzenlemeyi Anayasa'nın 38. maddesine aykırı bularak beşe karşı altı oyla iptal etmiştir³²:

ilkesine aykırı değildir”. AYM, E.1991/18, K.1992/20, 31/03/1992. https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1992/20?Donemler_id=2&EsasNo=1991%2F18 (13.06.2021)

30 Arslan, Zühtü, “Türkiye’de İstisna Hali, Terör ve İfade Özgürlüğü”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2007, sy. 71, s. 224-225.

31 İptali istenen TMK 6/4. Madde: Yukarıdaki fıkralarda belirtilen fiillerin basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, basın ve yayın organlarının suçun işlenişine iştirak etmemiş olan sahipleri ve yayın sorumluları hakkında da bin günden onbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur. Ancak, yayın sorumluları hakkında, bu cezanın üst sınırı beşbin gündür.

32 Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçesi şu şekildedir: “Anayasanın ‘Suç ve cezalara ilişkin esaslar’ kenar başlıklı 38. maddesinin yedinci fıkrasında, ‘Ceza sorumluluğu şahsidir’ hükmü yer almaktadır. Anayasanın bu hükmü gereğince bir kişi, sadece kendisine ait kusurlu fiilden sorumlu tutulabilir. Bir kimsenin işlemediği bir fiilden dolayı cezalandırılmaması, diğer bir ifadeyle başkasının fiilinden sorumlu tutulmaması Anayasanın 38. maddesinin yedinci fıkrası gereğidir. Bu ilkeye göre, asli ve ferî failden başka kişilerin bir suç sebebiyle cezalandırılmaları olanaklı değildir.

Basın yayın organlarının sahipleri genellikle yayın hayatına sermayesiyle katkı sağlayan kişilerdir. Konumları nedeniyle bu kişilerin yayın işleri yönetimini şekillendirmek, yazı ve yayınları denetlemek ve yayının üzerinde inceleme ve denetim görevi olduğunu kabul etmek

Ancak Anayasa Mahkemesi, TMK 6/4. maddesinin kalan kısmı yani yayın sorumlularıyla ilgili düzenlemede Anayasa'ya aykırılık bulunmadığına üçe karşı sekiz oyla karar vermiştir. Bu kararın gerekçesi ise şöyledir:

“Çağdaş ceza hukuku sistemlerinde taksirli sorumluluğun kaynağı, ‘uygar bir toplumda herkes hareketinin kötü neticeler doğurmasını engellemek yükümlülüğü için gerekli özeni göstermek zorundadır’ şeklindeki kabule dayanır. Yine aynı şekilde, topluma karşı bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi de taksirli sorumluluğun kaynağını oluşturmaktadır.

Basın yayın organlarının yayın sorumlularının, konumları itibarıyla bu organların yayın politikalarını belirleme, yayın işleri yönetimini şekillendirme ve yazı ve yayınları denetleme görev ve sorumlulukları olduğu açıktır.

Yayın sorumluları yönünden iptal konusu tümcelere bakıldığında, burada bir kimsenin eyleminden dolayı diğer bir kimseye ceza sorumluluğu yükletiliyor gibi görülmekte ise de, gerçekte sorumluluğun hukuki nedeni, yayın sorumlularının kendi kusuruna dayanmaktadır. Bu kusur, yükümlü olduğu dikkat ve özeni göstermeyerek yasak eylemin, yayın sorumlusu olduğu basın yayın organında yayınlanmasına engel olmamaktan doğmaktadır. Dolayısıyla, 3713 sayılı yasanın 6. maddesinin dördüncü fıkrasında yaptırıma bağlanan suçun maddi unsurunu, üçüncü bir kişinin değil, bizzat basın ve yayın organlarının yayın sorumlusunun eylemi oluşturmaktadır.

Ayrıca, suç ve cezalara ilişkin olarak, Anayasada belirtilen uyulması zorunlu temel ilkelere aykırı olmamak koşulu ile yasakoyucu, suçlar ve cezalar hakkında gerekli gördüğü önlemleri almak, özellikle, ne tür eylemlerin suç sayılacağı, suç sayılan eylemlere ne kadar ve ne tür ceza verileceği gibi konularda takdir yetkisine

mümkün değildir. Yayınları inceleme ve denetim ödevi yayın sorumlusuna aittir. Yasak eylemlerin basın yayın yoluyla işlenmesi halinde basın yayın organlarının sahiplerinin salt bu nitelikleri nedeniyle cezalandırılması ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırılık oluşturur”.

AYM, E.2006/121, K.2009/90, 18/06/2009. https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2009/90?Donemler_id=2&EsasNo=2006%2F121&KarakarNo=2009%2F90 (13.06.2021)

sabiptir. Bu nedenle iptal konusu kuralı bu kapsamda değerlendirilmek gerekir”.

Anayasa Mahkemesi'nin kararında kullandığı, yayın sorumlusunun dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranış kalıbı, yukarıda değinilen 1992 tarihli kararda da atıf yapılan 1966 tarihli kararda da yer almaktadır. Bu iki kararın yansımaları 5532 sayılı Kanun'un Tasarısı'nda yer alan madde gerekçesinde de görmekteyiz. Tasarı'nın 5. madde gerekçesinde, TMK 6/4. maddedeki suç tanımıyla ilgili olarak TMK'nın, basın ve yayın organlarının sahiplerine ve yayın organının sorumlu müdürlerine bir dikkat ve özen yükümlülüğü yüklediği ifade edilmekte ve yaptırım altına alınanın bu dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranış olduğu belirtilmektedir. Dahası bahis konusu hükmün objektif sorumluluk hâli olmadığı da vurgulanmaktadır. İçişleri Komisyonu³³ ise bu düzenlemenin Anayasa'nın 38 ve TCK'nın 20. maddelerindeki sorumlulukla ilgili temel kurala aykırı olduğunu, basın yayın organının sahibinin tüzel kişi olması durumunda, tüzel kişiliğe ceza vermenin TCK'da güvenlik tedbiri uygulanmasına dair düzenlemeyle çelişeceğini belirterek, Tasarı'yı Adalet Komisyonu'na göndermiştir. Adalet Komisyonu³⁴ da bazı değişiklikler yaparak Tasarı'yı TBMM'ye sevk etmiş ve Tasarı kanunlaşmıştır.

Kanun Tasarısı'yla ilgili taslağın hazırlanması için kurulan Adalet Bakanlığı bünyesindeki komisyonda yer alan Özgenç, basın ve yayın organlarının sahiplerinin kusura dayalı olmayan ve objektif sorumluluk tesis eden bu hükmün yürürlükten kaldırılması yönündeki tekliflerinin 1992 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı gerekçe gösterilerek reddedildiğini ifade etmektedir³⁵. Yazar, söz konusu hükmün hiç olmazsa taksire dayalı sorumluluk rejimine uygun olarak tanımlanması yönünde çaba gösterdiklerini, bu çabanın sonunda da maddedeki suçların işlenişine iştirak etmemekle birlikte, bu suçların işleniş bakımından dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranış mevcut ise, ceza hukuku sorumlulukları cihetine gidilebilmesine imkân tanıyan bir düzenleme yapıldığını belirtmektedir³⁶.

33 İçişleri Komisyonu Raporu, Esas No: 1/1194, Karar No: 40, 27.4.2006.

34 Adalet Komisyonu Raporu, Esas No: 1/1194, Karar No: 106, 26.6.2006.

35 Özgenç, İzzet, *Terörle Mücadele Kanunu*, Seçkin Yayınları, 2006, s. 44-45.

36 Özgenç, *Terörle Mücadele Kanunu*, s. 46.

1966 ve 1992 tarihli Anayasa Mahkemesi kararlarında ve 5532 sayılı Kanun'un madde gerekçesinde ifadesini bulan ve suçun unsuru olduğu belirtilen yayın sorumlusunun “dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışı”, basın suçlarından sorumlulukta bu kişilerin mesleki taksirini arayan bir sistemin görünümüdür. Buna göre ister dönemsel olsun ister olmasın her türlü yayın faaliyetinde bazı kişilere yasalar birtakım yükümlülükler yüklemişlerdir. Bu yükümlülükler basılmış eseri suç unsurlarından arındırma yükümlülüğüdür. Yani sorumluluğu gündeme gelen kişilerin basılmış eser ya da yayınlar da suç unsurlarını içermemesi için mesleklerinin doğal bir sonucu olarak ellerinden gelen tüm dikkat ve özeni göstermeleri gerekir. Dikkat ve özen ödevinin savsaklanması sonucunda suç teşkil eden eser basılmış ya da yayın yapılmışsa ilgili kişiler bu hareketlerinden sorumlu olurlar³⁷. TMK 6/4. maddesinde yer alan “suçun işlenişine iştirak etmemiş olan” ifadesi de yine basın suçlarında genel sorumluluk – taksir sorumluluğu karma sisteminin bir görünümüdür. Mesleklerinin gereği olan dikkat ve özen ödevini savsaklamadan dolayı sorumlu tutulan bu kişiler, dönemsel yayınlarda yazı işleri müdürü, dönemsel olmayan yayınlarda ise yayımcıdır. Yazı işleri müdürü ve yayımcının taksirli davranışlarından dolayı cezalandırılabilmesi için önkoşul, esas suçun faili olmamaları veya bu suça iştirak etmemiş bulunmalarıdır. Esas suçtan sorumlu tutulabilen bu kişilerin ayrıca taksirden dolayı cezalandırılmaları olanaksızdır³⁸.

Özek, yazı işleri müdürünün sorumluluğunun bir ölçüde subjektif³⁹ temele oturtulmaya çalışılmasının, bu anormal sorumluluk biçimini yumuşatma çabası⁴⁰ olarak değerlendirmektedir. Bu neden-

37 İçel, Kayıhan, *Kitle İletişim Hukuku*, Beta Yayınları, 2013, s. 273.

38 İçel, *Kitle İletişim Hukuku*, s. 274. Özek, bu sistemde sorumlu müdürün basın suçunun tahakkukunda ihmali bulunmadığını ispatlaması durumunda sorumluluktan kurtulabileceği ve iradi olmayan hareketinin sonucunda, bilip istemeden gerçekleşen bir yayının sorumluluğunun yüklenemeyeceği düşüncesindedir. Bkz. Özek, Çetin, *Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1972, s. 56. Diğer yandan yazara göre, bu tip bir özel sorumluluk sistemi, salt basın suçlarının failsiz kalmaması amacıyla ve bu suçların kolektif niteliklerinin ortaya çıkardığı özellikler nedeniyle kabul edilmiştir. Bkz. Özek, *Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu*, s. 29; Dönmezer, Sulhi, *Basın ve Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976, s. 377-378.

39 Basın suçlarında sorumluluğun subjektif temellere dayanan özel bir sorumluluk sistemi olduğunu kabul eden görüşler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Özek, *Basın Suçlarında ...*, s. 240-267.

40 Özen, yazı işleri müdürünün sorumluluğunun subjektif temellere dayandırılmasının kanıtı-

le, sorumlu müdürün, yazı işlerini idare etmesi açısından, hukuka aykırı netice ile nedensellik bağı içinde kalan fiilin var olduğu, nedensellik bağının ise taksir derecesinde kusuru ifade ettiğinin ileri sürüldüğünü belirten yazara göre, bu görüşte olanlar dahi, bu sorumluluk şeklini objektif sorumluluk olarak nitelendirmekte ve eleştirmektedir⁴¹.

Anayasa Mahkemesi'nin 2009 tarihli kararında yayın sorumlularıyla ilgili aykırılık görülmemesine muhalif kalan üye Mehmet Erten de düzenlemenin başka bir boyutuna dikkat çekmektedir:

“İptali istenilen kurallarda tanımlanan suçların, taksirle işlenmeleri olanaklı bulunmadığı gibi bu suçların taksirli suçlardan olduğu da kurallarda ifade edilmemektedir. Bu durumda, suç ve cezada kanunilik ve cezaların şahsiliğine ilişkin düzenlemeler de gözetildiğinde, basın ve yayın organının sahibi ile yayın sorumlusu şeklinde belirlenen iki ayrı failin, terörle ilgili suçları yayınlamak suçunu ayrı ayrı ya da birbirlerinin fiillerine ne suretle iştirak ederek işlemiş sayılacaklarının kurallarda açıkça yer alması gerekir. Aksi halde, yayınlama suçunu işlemeyen, işlenişine hiçbir şekilde iştiraki olmayan kişi tek başına ya da fiili icra eden ile birlikte ceza alacaktır. Böyle bir düzenleme ise suç ve cezada kanunilik ve cezaların şahsiliği ilkelerine aykırıdır”.

Ceza hukukunda temel sorumluluk şekli kasti sorumluluktur. Bir kişinin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışından yani taksirinden sorumluluğu ise istisnaidir ve bunun açıkça suç tipinde belirtilmesi gerekir. Her ne kadar taksirli sorumluluk sisteminin basın ve yayın suçlarında uygulanması isabetli olsa da, bu hususa açıkça TMK 6/4. madde düzenlemesinde yer verilmesi gerekir. Bunun yapılmaması durumunda TMK 6/4. maddedeki suç tipi objektif sorumluluk yaratan bir düzenleme izlenimi vermekte⁴² ve

nın 5680 sayılı Basın Kanunu'nun 2231 sayılı Kanunla değişik 16/3 maddesi olduğu düşüncesindedir. Bahsi geçen düzenleme sorumlu müdürün suç teşkil eden haber, vesika veya yazıyı mahiyetini bilmeden yayınlaması halinde bunların sorumluluğunun yalnız haber beyan ve vesikayı verene veya yazı yazana ait olduğu ifade edilmekteydi. Yine Özen'e göre kusurlu sorumluluğun dayanağı yürürlükten kalkmış olan bu düzenlemedir. Bkz. Özen, Muharrem, *Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk*, U S-A Yayıncılık, 1998, s. 275-276.

41 Özek, *Terör ve Terörle Mücadele*, s. 375.

42 Düzenlemenin Anayasa'nın 38/6. maddesine açıkça aykırı olduğu görüşünde olan Gülfidan,

ayrıca suç ve cezada kanunilik ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir⁴³.

b. Mağdur

Genel olarak suçun mağduru suçla korunmak istenen hukuki yararın sahibi olan gerçek kişilerdir⁴⁴. TMK 6. maddede yer alan seçimlik hareketlerde dar anlamda mağdur, hüviyeti açıklanan, yayınlanan veya hedef gösterilen terörle mücadelede görev almış⁴⁵ kamu görevlisidir. Diğer yandan anılan suçun işlenmesiyle, devletin terörle mücadelesine menfi bir etki yaratması, dolaylı olarak toplumun huzur ve güven içinde yaşamına da etki edebileceğinden, toplumun da geniş anlamda mağdur⁴⁶ olarak kabul edilebilmesi mümkündür⁴⁷.

maddede öngörülen sorumluluk şeklini, ceza hukukunda kabul olunmaması gereken bir kursuz objektif sorumluluk hâli olarak nitelendirmektedir ve düzenlemede dikkat çekici husus yazara göre, suçun işlenişine iştirakin dahi aranmamış olmasıdır. Bkz. Gülfidan, Osman Serkan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği İlkesi”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005/2, s. 138.

43 Bodur /Özkul da TCK’nın en önemli yeniliklerinden birinin objektif sorumluluk esasını reddetmesinden hareketle, suç genel teorisi çerçevesinde bir kimseyi ceza hukuku bakımından sorumlu tutabilmek için öncelikle ilgili suçun maddi unsurlarının gerçekleşmesi, daha sonra kastının eğer ilgili suçun taksirli şekli kanunda açıkça düzenlenmiş ise en azından taksirinin bulunması ve nihayetinde ise bu kişinin kastının ya da taksire dayanan kusurunun tespit edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu durumda yazara göre taksiri dahi olmayan bir kişinin cezalandırılması ceza hukuku sistemimiz bakımından mümkün değildir ve bu nedenle madde hükmü TCK’nın genel ilkelerine uygun bir biçimde yorumlanmalıdır. Bkz. Bodur, Nurullah / Özkul, Ezhat, *Uygulamada Terör Örgütü ve Terör Suçları*, Seçkin Yayınevi, 2020, 5. Baskı, s. 187.

44 Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, 2020, Ankara, s. 213.

45 “Terörle mücadelede görev alanlar görevleri sırasında ve daha sonra bütün yaşamları boyunca sürekli bir biçimde tehdit ve tehlike içinde olan kamu görevlileridir. Görevlerini yaparken, demokrasiye ve demokratik hukuka saygılı olmak ve yasa kurallarına uygun davranmak, görevlerini eksiksiz yerine getirmek ve kendi yaşamlarını korumak gibi bağdaştırılması son derece güç koşullar içindedirler”. Bkz. AYM, E.1991/18, K.1992/20, 31/03/1992. https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1992/20?Donemler_id=2&EsasNo=1991%2F18 (20.06.2021)

46 Özgenç, bazı suçlarda muayyen kişi ya da kişilerin dar anlamda mağdur edilmesinin yanında toplumu oluşturan herkesin de geniş anlamda mağdur olarak nitelendirilebileceği düşüncesindedir. Bkz. Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, 2020, s. 226.

47 Baştürk, 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu’nun 27/2. maddesi kapsamında MİT görevlisinin ya da ailesinin kimliğinin açıklanmasında suçun mağdurunun toplumu oluşturan herkes olduğu kanaatindedir. İlave olarak, kimliği ifşa edilenler de örgütlerin hedefi haline gelmeleri itibarıyla suçun mağduru, MİT ise suçtan zarar gören sıfatını haiz olacaktır. Bkz. Baştürk, Ömer Özden, *Milli İstihbarat Teşkilatı’na Ait Bilgi, Belge ve Kimliklere Karşı Suçlar*, Adalet Yayınevi, 2019, s. 122.

Ayrıca terörle mücadelede görev almış kamu görevlisinin, normun amacından hareketle fiilin işlendiği tarihte yaşıyor olması⁴⁸ da gerekir. Bu durumda terör örgütlerine yönelik operasyonlarda yaşamını yitiren kolluk görevlilerinin isimlerinin Türk Silahlı Kuvvetleri Genelkurmay Başkanlığı veya İçişleri Bakanlığı tarafından açıklanması suç teşkil etmemektedir.

Terörle mücadelede görev almış kamu görevlisinin bağlı olduğu kurum da, suçun işlenmesiyle zarar görmektedir. Ancak bu durumda bahsi geçen kurumlar / tüzel kişilikler, YCGK'nın bir kararında⁴⁹ da ifade edildiği gibi suçun mağduru olarak değil suçtan zarar gören olarak nitelendirilmelidir.

Diğer yandan TMK 6. maddedeki suç tipi, mağdur bakımından bir özgü suç özelliği göstermektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus mağdurun kamu görevlisi olmasının suçun mağduru olması için yeterli olmadığıdır. Kamu görevlisinin ayrıca terörle mücadelede görev almış olması⁵⁰ da gerekmektedir⁵¹. Bu noktada hâlihazırda

48 “Mağdurun, hayatta olan bir insan olması gerekir. Ancak, belirtmek gerekir ki, işlenen suç dolayısıyla kişinin mağdur olabilmesi için suçu oluşturan fiilin işlendiği sırada hayatta olması gerekir”. Bkz. Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 224.

49 “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun hazırlanmasında esas alınan suç teorisinde suçun maddi unsurları arasında yer alan mağdur, ancak gerçek bir kişi olabilecek, tüzel kişilerin suçtan zarar görmeleri mümkün ise de, bunlar mağdur olmayacaklardır”. YCGK, E. 2017/157 E., K. 2017/325, KT. 13.06.2017. (Lexpera)

50 “07.11.2015 tarihinde yapılan paylaşımda (fezleke sayfa 6) “Teşhir ediyoruz fotoğraftaki Polis bugün 6 Kasım YÖK protestosuna katılan ve Polis saldırısı sonucu göz altına alınan İstanbul Üniversitesi öğrencisi kadın arkadaşımızı taciz etmiştir” şeklindeki yazı ile toplantı ve gösteri yürüyüşüne müdahale sivil bir polis memuru olduğu iddia edilen kişiye ait iki kare fotoğraf paylaşıldığı, İstanbul Emniyet Müdürlüğü'nün 22.02.2017 tarihli yazısı ile söz konusu kişinin gerçekten Toplumsal Olaylar Büro Amirliğinde görevli bir polis memuru olduğunun anlaşılması karşısında sanığın bu paylaşım ile terörle mücadelede görev almış kamu görevlisini *hedef gösterdiği*, bu eyleminin 3713 s.y.'nin 6/1.maddesine uyduğu gözetilerek, eylemin iddianamenin 3.paragrafında anlatılmış olması ancak hukuki nitelemesinin yanlış olarak belirlenmesi karşısında sanığa 2.celse ek savunma hakkı tanınmak suretiyle nitelik değiştiren eyleminden dolayı tecziyesine karar verilmiştir.” içeriğindeki gerekçe ile; sanığın Terörle mücadelede görev almış kişileri *hedef gösterme* suçundan 3713 sayılı Kanunun 6/1, TCK'nın 53/1-2-3. maddeleri uyarınca neticeten 1 Yıl hapis cezası ile mahkumiyetine ilişkin hüküm kurulduğu anlaşılmıştır. Yine; mahkumiyete konu Terörle mücadelede görev almış kişileri *hedef gösterme* suçuna ilişkin sanığın 11.08.2015 tarihli paylaşımında fotoğrafı bulunan polis memurunun ne şekilde “Terörle mücadelede görev almış kamu görevlisi” olarak kabul edildiğine ilişkin somut delillerin gerekçede gösterilmeden yeterli olmayan gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulduğu anlaşılmıştır”. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, 2. Ceza Dairesi, E. 2017/1316, K. 2017/1375, KT. 14.07.2017. (Legalbank)

51 Hareketin gerçekleşebilmesi için adı ya da kimliği açıklanan kişinin sadece önemli bir kuruluştaki ya da adli teşkilatta devlet memuru olması yeterli olmayıp mutlaka teröre karşı görev almış olması gerekir. Bkz. Bayraktar, s. 177.

kamu görevlisi olmayan, emeklilik ya da istifa gibi nedenlerle görevinden ayrılmış kişilerin de, normun amacından hareketle madde kapsamında korunması mümkündür⁵².

İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı Terör Suçları Soruşturma Büro-su'nun⁵³ yakın zamanlarda tanzim ettiği bir iddianame, suç tipinin unsurlarının nasıl esnetildiğini göstermektedir. Buna göre:

“Hakkında ... Sabit Nokta Tahsisi sağlanarak 24 saat esasına göre koruma usulü ile koruma kararı bulunan müşteki Fahrettin Altun'un hakkındaki koruma kararları ile Cumhurbaşkanlığı İletişim Başkanı olarak terör örgütleri hakkında yapmış olduğu açıklamalar ve çalışmaları göz önüne alındığında terörle mücadele kapsamında görev ve sorumluluk aldığı değerlendirilmiş olup ... ikametinin açık adresinin tespitine yarayacak şekilde mahalle, sokak adı belirtilmesi ve ikametinin bulunmasını kolaylaştıracak fotoğrafların bulunmasının müşteki Fahrettin Altun'u terör örgütlerinin faaliyetleri kapsamında hedef haline getireceğinin kabulü gerekmektedir”.

14 sayılı İletişim Başkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 3. maddesinde Başkanlığın görevleri, 4. maddesinde ise Başkan'ın görevleri belirtilmiştir. Bu görevlerin arasında terörle mücadelede görev almak bulunmamakla birlikte, Başkanlığa ve Başkan'a verilen görev ve yetkileri arasında yorum yoluyla bile böyle bir görevin var olduğuna dair bir sonuca ulaşmak mümkün görünmemektedir. Dahası bir kamu makamının terör örgütleriyle ilgili açıklama yapmış olmasının, bu makamı doğrudan terörle mücadeleyle görevlendirilmiş hâle getirmesi de mümkün değildir. Bayraktar'ın da ifade ettiği gibi terörle mücadelede görev alma durumu geniş biçimde değil, dar olarak yorumlanmalıdır ve bu noktada terör

52 İstanbul 4 Nolu Devlet Güvenlik Mahkemesi (E. 1994/53, K. 1994/35, KT. 30.5.1994), Haberde ve Yorumda Gerçek isimli haftalık derginin 42 sayılı nüshasının 6. sayfasında yer alan “Korkut Eken Kimdir? başlıklı yazıda terörle mücadelede görev aldığı anlaşılan emekli yarbay olduğu bildirilen kişinin, özel harpçi, kontrgerillacı olduğu, bu şahsın doğum taribi dabil kimliği, eğitimi, görev yaptığı yerler, katıldığı operasyonlarla ilgili olarak yazının bütününde bilgi verildiği dolayısıyla terör örgütlerine resmini de yayımlayarak hedef gösterildiği” kanaatiyle derginin sorumlu yazı işleri müdürünü ilgili hükümden mahkum etmiştir. Karar için bkz. *İfade Özgürlüğü Hapiste*, Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yayınları, 1. Baskı, 1994, s. 297-301.

53 İddianame için bkz. https://pressinarest.s3.amazonaws.com/documents/Hazal_Ocak_-_Fahrettin_Altun_-_Ceza_Davasi.pdf (22.06.2021)

ile doğrudan doğruya ilgili olma ölçütü bu kavramın yorumlanmasında kullanılmalıdır⁵⁴.

Terörle mücadelede görev almış kamu görevlisi kavramının kanunilik ilkesi bakımından sorun yaratabilecek biçimde belirsiz olduğu düşüncesindeyiz. TMK’da bu ifade iki yerde daha geçmektedir. Bunlardan ilki avukat tayinini düzenleyen 15. maddedir. Maddede, *“terörle mücadelede görev alan Türk Silahlı Kuvvetleri personeli, mülki idare amirleri, istihbarat ve kolluk görevlileri ile bu amaçla görevlendirilmiş diğer personel”* den bahsedilirken, koruma tedbirlerini düzenleyen 20. madde ise *“terörle mücadelede görev veren veya bu görevi ifa eden adlî, istihbarî, idarî ve askerî görevliler, kolluk görevlileri, Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürü ve Genel Müdür Yardımcıları, terör suçlarının muhafaza edildiği ceza ve tutukevlerinin savcılar ve müdürleri, Devlet Güvenlik Mahkemelerinde görev yapmış hâkim ve savcılar, Ceza Mahkemeleri Kanununun 250 nci maddesiyle yetkili kılınmış ağır ceza mahkemelerinde görev yapan hâkim ve savcılar ile bu görevlerinden ayrılmış olanlar ve terör örgütlerinin açık hedefi haline gelen veya getirilenler ile suçların aydınlatılmasında yardımcı olanlar hakkında gerekli koruma tedbirleri Devlet tarafından alınır”* denmektedir.

Kanaatimizce 15. maddeden hareketle bir tanım denemesi yapılabilecektir. Zira 20. maddede ifadesini bulan görevlilerden Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürünün ve Genel Müdür Yardımcılarının, terör suçlarının muhafaza edildiği ceza ve tutukevlerinin savcılarının ve müdürlerinin terörle mücadele gibi bir görevi bulunmamaktadır. Bu durumda terör operasyonlarında gerek istihbari gerek fiili olarak görev almış Türk Silahlı Kuvvetleri personeli, istihbarat ve kolluk görevlileri ile bu amaçla resmen görevlendirilmiş diğer kamu görevlileri suçun mağduru olarak belirlemek normun amacına daha uygun görünmektedir.

Terörle mücadelede görev almış kamu görevlisi kavramının belirsizliğinin TMK’da yapılması düşünülen bir değişiklikle giderilmesi yönünde bir girişimde bulunulmuştur. 30.10.1994 tarihli Terörle Mücadele Kanunu’nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun Tasarısı’nın 5. maddesinde, TMK 6/1. maddesinde bir değişiklik

⁵⁴ Bayraktar, s. 178.

yapılması düşünülmüştür⁵⁵. İlgili değişiklik TMK 6/1. maddede esaslı değişiklikler öngörmekteydi ve şu şekilde idi:

“İsim veya kimlik açıklama

Madde 6- İsim veya kimlik belirterek veya kim olduğu anlaşılacak biçimde kişileri alenen hedef gösterenler ile terörle mücadele olaylarında görev yapan kamu görevlilerinin kimlik belirterek veya kim oldukları anlaşılacak biçimde umuma açıklayanlar yüz milyon liradan iki yüz milyon liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır.

Bu Kanunun 14. Maddesine aykırı olarak muhbirleri isim veya kimlik belirterek veya kim oldukları anlaşılacak biçimde açıklayan kamu görevlileri elli milyon liradan yüz milyon liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır”.

Hükümet Tasarısı’nda dikkat çeken ilk husus, terörle mücadelede görev almış kamu görevlisi yerine daha belirli ve sınırlı olarak terörle mücadelede görev yapan kamu görevlisi ifadesinin kullanılmasıdır. Madde gerekçesine bakıldığında bu ifadenin tercih nedeni şöyle izah edilmiştir:

“Yürürlükteki 6’ncı maddenin birinci fıkrasında belirtilen, terörle mücadelede görev almış kamu görevlilerinin isim ve kimliklerinin açıklanması ve yayınlanmasını yasaklayan hüküm, söz konusu görevlilerin her türlü icraatını kamunun bilgisi ve eleştirisi dışında tutacak niteliktedir. Oysa kamu görevlilerinin yine kamuyu ilgilendiren icraatının kamuya duyurulması, eleştirilmesi basın özgürlüğünün gereği olduğu kadar, demokratik hukuk devletinin de gereğidir. Öte yandan terörle mücadele olaylarına,

55 Anılan Hükümet Tasarısı, TBMM’ye sunulmuş ancak hiçbir zaman görüşülmemiştir. Tasarının metnine TBMM’nin web sitesinden ulaşılamamıştır. Bunun üzerine Türkiye İnsan Hakları Vakfı tarafından 1994 yılında yayınlanan “İfade Özgürlüğü Hapiste” isimli eserdeki Tasarı metni, genel gerekçe, madde gerekçeleri ve 11783 sayılı Adalet Komisyonu Raporu kullanılmıştır. Bkz. *İfade Özgürlüğü Hapiste*, Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yayınları, 1. Baskı, 1994, s. 387-419. Özek, Tasarı’nın tartışmalara konu olan 6, 7 ve 8. maddelerinin yeni şekillerinin kaypak, ölçütlerle düşünce açıklama hakkının sınırının bir ölçüde daraltıldığı görüntüsünü veriyorsa da, gerçekte düşüncenin cezalandırılması sonucunu yaratacağını ve bir düşüncenin suç oluşturup oluşturmadığının saptanmasının da devlet güvenlik mahkemelerinin anlayış ve insafına kalacağını savunmuştur. Bkz. Çetin Özek, “*Demokratikleşme Sancısı*”, İfade Özgürlüğü Hapiste, s. 15.

yani operasyonlara doğrudan katılanların can güvenliklerinin korunması da, bu operasyonların sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi yönünden kaçınılmazdır. İşte çatışır gibi görünen bu iki menfaati bağdaştırabilmek ve böylece her ikisini de tatmin edebilmek amacıyla, öncelikle isim ve kimlik açıklama yasağından yararlanabilecek olan kamu görevlileri sınırlandırılmıştır. Böylece terörle mücadelede görev alan tüm kamu görevlileri değil, sadece terörle mücadele olaylarında, yani operasyonlarda görev alan kamu görevlilerinin bu korumadan yararlandırılması yoluna gidilmiştir. Ayrıca bu suçun oluşması için söz konusu kişilerin isim veya kimliklerinin her ne şekilde olursa olsun açıklanması değil, umuma açıklanması şartı aranmıştır”.

Tasarı’nın 5. maddesinde, TMK’nın 1991 yılında TBMM görüşmelerinde milletvekillerinin ve doktrinde hukukçuların dile getirdiği, yukarıda değindiğimiz işkencenin ihbarıyla suçun oluşabileceği yönündeki kaygıların giderilmeye çalışıldığı ve basın özgürlüğüyle bir denge kurulmaya çalışıldığı görülmektedir. Bunun için de can güvenliği korunacak kamu görevlilerinin sınırlandırıldığı ve sadece terör operasyonlarında gören alan görevlilerinin korumadan yararlanacağı Tasarı’da ifade edilmiştir.

Her ne kadar terörle mücadelede görev almış kamu görevlisi kavramını terör operasyonlarına fiilen katılan veya bu operasyonlara istihbarat desteği sağlayan kamu görevlileri olarak algılasak da TMK’da yapılacak bir değişiklikle bahsi geçen kavramın tanımlanmasının isabetli olacağı düşüncesindeyiz. Zira benzer bir suç tipi olan 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu’nun 27/2. maddesi kapsamında MİT mensubunun kim olduğu aynı Kanun’un 2/b maddesinde “Bu Kanun veya bu Kanuna göre çıkarılmış yönetmelikle de yazılı görevleri yerine getirmekle görevlendirilmiş MİT personeli ile diğer görevliler”, MİT personeli de, “MİT’in kadrosuna dâhil memurlar, Türk Silahlı Kuvvetleri kadrolarında olup MİT’de görevlendirilenler ve MİT’de çalıştırılan sözleşmeli personel” olarak 2/c maddesinde tanımlanmıştır.

Burada anılan suç tipiyle ilgili üzerinde durulması gereken bir başka husus daha vardır. Terör saldırılarında ya da gerek ülke içi gerek

ülke dışı operasyonlarda personeli yaralanan Türk Silahlı Kuvvetleri Genelkurmay Başkanlığı'nın basın duyurularına bakıldığında, yaralı personelin isimlerinin açıklanmadığı dikkat çekmektedir. Buna rağmen operasyonlarda yaralanan askerlerin isimleri, memleketleri hem basında hem de sosyal medyada paylaşılmaktadır. Dahası yaralı askerlerle ve aileleriyle yapılan röportajların da basın kuruluşları tarafından yayınladığı görülmektedir. Ancak uygulamada bu tip röportajlar ya da haberlerle ilgili kamu davası açılmadığı görülmektedir.

c. Suçun Konusu

TDK Sözlüğü'ne göre hüviyet, Arapça *hüviyyet* kelimesinden gelmektedir. Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi'nde hüviyyet “*bir nesnenin varlık alanında bir birim ve şahsiyet olarak görünmesini ve durumuyla başka şeylerden ayrılmasını ifade eden terim*” olarak belirtilmektedir⁵⁶. Hüviyet kelimesinin TDK Sözlüğü'nde karşılığı ise (“kim” soru zamirine -lik yapım ekinin eklenmesi suretiyle türetilmiş) kimliktir. Kimlik kelimesi de aynı Sözlükte, “*toplumsal bir varlık olarak insanın nasıl bir kimse olduğunu gösteren belirti, nitelik ve özelliklerin bütünü*”, “*kişinin kim olduğunu tanıtan belge, kimlik belgesi, kimlik kartı, tanıtma kartı*” ve “*herhangi bir nesneyi belirlemeye yarayan özelliklerin bütünü*” olarak tanımlanmıştır.

Kurt'a göre açıklanan veya yayınlanan kimliğin muhakkak ad⁵⁷ ve soyadı belirtilerek yapılması zorunluluğu⁵⁸ yoktur. Yapılacak açıklamada kişinin toplumca veya terör örgütlerince bilinen birtakım özelliklerinin belirtilmesi durumunda da suç oluşur. Ancak yine yazara göre açıklanan kimliğin tereddüte yer vermeyecek, başka kişilerle karıştırılmayacak açıklıkta olması gerekir⁵⁹. Bu durumda kanaatimizce ad soyad açıklanmadan terörle mücadelede görev almış kamu görevlisinin kim olduğunun anlaşılmasını sağlayacak biçimde ev adresinin açıklanması veya yayınlanmasının da bu suçu oluşturması mümkündür.

56 <https://islamansiklopedisi.org.tr/huviyyet> (01.07.2021)

57 Gökmen'e göre sadece ismin zikredilmesi bu suçun oluşumu açısından yeterli değildir. Bkz. Gökmen, s. 172.

58 Kanunun madde gerekçesinde de bu vurgu yapılmıştır: “Bu madde ile terör örgütlerinin suça hedef olarak kabul ettiği kimselerin isim veya kimliklerini açıkça belirterek veya açıkça belirtmese dahi, bu şahısların kim olduğunun kolayca anlaşılmasını sağlayacak şekilde ...”.

59 Kurt, s. 389.

O hâlde düzenlemede hüviyetten anlaşılması gereken kişinin görevle ilgili kimlik belgesinin ya da nüfus cüzdanı / kimlik kartı bilgilerinden daha geniş bir biçimde, ayırt edici olarak kim olduğunun anlaşılmasını sağlayacak bilgilerinin açıklanması ya da yayınlanmasıdır⁶⁰.

Bu noktada suç tipinde yer alan hüviyet bilgisinin niteliğine değinilmesi gerekmektedir. Açıklanması veya yayınlanması suç teşkil eden kamu görevlisinin kimliği bir devlet sırrı mıdır? CMK 47. maddede, açıklanması Devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzen ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgilerin devlet sırrı olduğu ifade edilmiştir. Kaymaz da bu tanımdan hareketle devlet sırrının, yetkisiz olarak açıklanması, ulusal güvenlik veya devletin uluslararası ilişkilerine ciddi zarar verebilecek olan bilgi veya belgeler olduğunu belirtmektedir⁶¹.

Yazara göre, devlet sırrı niteliğindeki her bilgi aynı öneme sahip değildir ve açıklanması hâlinde meydana gelecek tehlike ve zarar aynı olmayan bilgilerin aynı statüye tabi tutulup aynı korumadan yararlanması isabetli değildir. Bununla birlikte karşılaştırmalı hukukta devlet sırrı kadar sıkı korunmamakla beraber devletin gizli olarak muhafaza ettiği başka bilgilere yer verilmektedir⁶².

Bu durumda kanaatimizce terörle mücadelede görev almış kamu görevlisinin kimliği, devlet sırrı veya devletin güvenliği ve siyasal yararlarına ilişkin bilgi olmaktan ziyade, kötüye kullanılmaması veya yetkisiz erişilmemesi için hizmete özel olarak gizli tutulan⁶³ hassas bir bilgidir. Diğer taraftan bahsi geçen kamu görevlilerinin hüviyetlerinin bir devlet sırrı olduğuna dair açık bir düzenleme de bulunmamaktadır. Bu şekilde bir kabulün TMK 6/1. madde ile TCK'nın 326

60 Farklı suç tiplerinde ifadesini bulan kimlik kavramıyla ilgili aynı biçimde bkz. Baştürk, s. 119; Çakır, Kerim, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Başkasına Ait Kimlik veya Kimlik Bilgilerinin Kullanılması Suçu", Prof.Dr.Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, c. 19, sy.2, s. 1555.

61 Kaymaz, Seydi, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Devlet Sırrı*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014, s. 30.

62 Kaymaz, s. 31. Yine yazara göre Devlet Sırrı Kanunu Tasarısı'nda, devlet sırrı yanında, devlet sırrı niteliği taşımamakla beraber korunması gereken öteki gizli bilgi ve belgeler kategorisine Adalet Komisyonu tarafından benimsenen Tasarı metninde yer verilmemesi isabetsiz olmuştur. Bkz. Kaymaz, s. 32.

63 Devlet sırrı kapsamında bulunmayan öteki gizli bilgiler kavramı için bkz. Kaymaz, s. 61.

vd. maddelerinde yer alan devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk fiillerinden ayrımını da ortaya koyabileceği düşüncesindeyiz.

d. Fiil

TMK'nın 6. maddesinde birden fazla hareket suç tipinin içinde yer almaktadır. Bunlar, ilgili kamu görevlilerinin hüviyetlerinin açıklanması, yayınlanması ve hedef göstermedir. Seçimlik ve tek hareketli bir suç özelliği gösteren düzenlemede hareketler icrai bir biçimde gerçekleştirilebilir⁶⁴. Diğer yandan suç tipi bir soyut tehlike suçudur. Suçun oluşması için seçimlik hareketlerin gerçekleştirilmesi yeterlidir; bir zarar ya da zarar tehlikesi neticesinin gerçekleşmesi gerekmez.

- Açıklama ve Yayınlama

TMK 6/1. maddedeki seçimlik hareketlerden ilk ikisi, hüviyeti gizli tutulan, terörle mücadelede görev almış kamu görevlisinin hüviyetinin açıklanması ve yayınlanmasıdır.

Açıklama, failin bilgisi dâhilinde olan hüviyet bilgisinin başkasına aktarılmasıdır. Açıklamanın ne şekilde ve hangi vasıtalarla yapılacağı hususunda Kanun'da bir açıklık⁶⁵ yoktur. Yapılan açıklamanın kamuya yönelik olması veya aleni olması gerekmez. Bir kişiye bile⁶⁶ bu bilginin aktarılmasıyla suç tipi tamamlanır⁶⁷. Bayraktar'a göre salt açıklama yeterli olmamalı, açıklamanın birden fazla ve belirsiz kişilere yönelik olması da aranmalıdır. Yine yazara göre, her ne kadar, maddede "umuma, topluma" gibi terimlerle açıklamanın yöneleceği kişiler belirtilmemişse de, madde içerisinde açıklama ile yayınlama kavramlarının birlikte öngörülmesi ve Kanun'un kabul edilme amacı, bu yorumu daha haklı kılabilmektedir⁶⁸.

⁶⁴ Aynı görüş için bkz. Bayraktar: s. 176.

⁶⁵ Kurt, s. 390.

⁶⁶ Kadük olan 30.10.1994 tarihli Terörle Mücadele Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun Tasarısı'nın 5. maddesinde kimliğin açıklanmasının umuma yönelik olması düzenlemesi yer almaktaydı.

⁶⁷ Kurt'a göre açıklamanın topluma hitap eden her türlü söz, yazı ve resim, umumi toplantılarda yapılacak konuşma, afişleme, radyo, televizyon vb. şekil ve vasıtalarla yapılması mümkündür. Bkz. Kurt, s. 390.

⁶⁸ Bayraktar, s. 175.

Hüviyetin açıklanması, sözle veya yazıyla gerçekleştirilebileceği gibi kamu görevlisinin fotoğrafının ya da göreve ilişkin örneğin kimliğinin gösterilmesi şeklinde de olabilir. Şayet söz konusu kamu görevlilerinin hüviyetleri zaten biliniyorsa, kimliğin korunmasının artık önemli ölçüde etkisiz hâle gelmesi nedeniyle bunların açıklanması suç teşkil etmez⁶⁹.

Yayınlama⁷⁰ ise kamu görevlisinin hüviyetinin, bir ya da birkaç kişiye değil; umuma yönelik olarak radyo, televizyon, basın, İnternet ya da İnternet üzerinden yayın yapan platformlar gibi kitle iletişim araçları vasıtasıyla duyurulmasıdır. Bu noktada bahis konusu bilginin yayınlanması için bir başkasına verilmesi ve hüviyetin yayınlanması durumunda, bilgiyi veren “açıklayan”, kitle iletişim araçları yoluyla duyuran da “yayınlayan” olarak sorumlu olacaktır.

- Hedef Göstermek

Uygulamada, Bayraktar’a göre TMK 6. maddesi ile ilgili geniş çerçeveli yaklaşım hep bu seçimlik hareket yönünden olmaktadır. Yazara göre bir yayında, ülkenin güvenlik sorunu ile ilgili kamu görevlilerinin adları yayımlandığında “hedef gösterme” biçiminde nitelenen suç hemen itham ve iddia konusu olmaktadır. Dahası, örne-

69 AİHM’in Özgür Gündem gazetesine ilişkin kararında, Mahkeme, davaya konu makalelerde ismi geçen Olağanüstü Hal Bölge Valisi, bölgede tanınan bir isim olduğu ve diğer makalelerde adı geçen jandarma komutanları ve köy korucularının da bölgelerinde tanındığı tespiti bulunmuştur. Bunun üzerine bahsi geçen kişilerin kimliklerini korumadaki çıkarın önemsenmediği ve bu yüzden sınırlamanın engellemeye çalıştığı potansiyel zararın en alt düzeyde bulunmasından hareketle Mahkeme, yetkililerin cezai yaptırımlar uygulamasının sebeplerinin, gazetenin ifade özgürlüğüne sınırlama konulması için yeterli olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Bkz. Özgür Gündem / Türkiye Davası, BN: 23144/93, KT. 16 Mart 2000, par. 68. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-141266> (29.06.2021).

Yargıtay’ın da benzer yönde bir kararı bulunmaktadır: “Suça konu ... Gazetesi’nin 10.12.1993 günlü nüshasının 8. sayfasındaki: “Savaşın Sinyali: Duhok’ta Faili Meçhul Cinayetler” başlıklı yazı bir bütün halinde ele alınıp incelendiğinde; haber niteliğinde olup, haberin akışı içerisinde herkesçe bilinen bazı görevlilerin adlarının geçmesi, 3713 sayılı Yasa’nın 6/1. Maddesinde öngörülen suçu oluşturmayaacağı gözetilmeden, bu suçtan sanığın beraati yerine yazılı düşüncelerle mahkumiyetine karar verilmesi ...”. Yargıtay 9. CD, E. 1995/3693, K. 1995/4525, KT. 3.7.1995. (Legalbank)

70 Kadük olan 30.10.1994 tarihli Terörle Mücadele Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun Tasarısı’nın 5. maddesinde, *yayınlama* seçimlik hareketine yer verilmemekle birlikte TMK 8. maddede değişiklik öngören Tasarı’nın 7. maddesinde, “TMK 6/1 ve 6/2 maddelerinde yer alan suçların, basın, yayın, radyo veya televizyon yoluyla veya film, disket, video, teyp bandı ve benzeri araçlarla işlenmesi halinde bu fıkra yazılı cezalar üçte birden yarıya kadar arttırılır. Sorumluların belirlenmesinde 15.7.1950 tarihli 5680 sayılı Basın Kanunu’nun 16’ncı maddesi hükümleri uygulanır” hükmü önerilmiştir.

ğin Adalet Bakanlarının cezaevleri ile ilgili işlemlerinin eleştirildiği pek çok yazının da bu suçlama nedeniyle yargılamaya konu olduğu görülmektedir⁷¹.

Hedef göstermek TDK Sözlüğü'nde “*birini kötü bir durumda kalması için hedef haline getirmek*”, “*bir kimseyi olumsuz, kötü bir amaç için bir yere veya şeye yönlendirmek*” olarak tanımlanmaktadır. Gerek ceza gerek özel hukuk yargılamalarında bazen kullanılan bu ifadenin incelediğimiz yargı kararlarında bir tanımına rastlayamadık. Ancak Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin bir kararına karşı yazılan karşı oy yazısında, hedef gösterme, muhalif üye tarafından şöyle tanımlanmıştır: “Esasen *hedef gösterme* bir kişiyi veya bir kamu görevlisini gerçekleştirmiş olduğu yasal bir eylemden dolayı zarar verme olasılığı yüksek olan bir kişi veya kitlenin zarar verici eylemleri ile karşılaşma tehlikesiyle yüz yüze bırakmaktır. Burada davacıya eleştirilen davranışı nedeniyle zarar verme tehlikesi olan ne bir karşı kitle vardır, ne de siyasal üst vardır”⁷².

Bayraktar'a göre hedef göstermenin gerçekleşebilmesi için, sadece kimliğin belirtilmesi ve adı belirlenen kişinin kamuya mal olmuş bir kişi olup olmaması önemli değildir. Önemli olan yayın içinde kullanılan terimlerin ve yayının genel içeriğinin ciddi bir zarar tehlikesi yaratacak özelliğe sahip bulunmasıdır. Başka bir deyişle, yayın içerisinde kullanılan terimlerle birlikte terörle mücadelede görev yapmış olan kişiye karşı bir suç çağrısı ortaya konulmalıdır⁷³.

Kamu görevlisinin hedef gösterilmesinde⁷⁴ bir muhatabın ya da hedef gösterilen tarafın bulunması gerektiği düşüncesindeyiz. Örneğin kamu görevlisinin kimliğinin açıklanması veya yayınlanmasıyla birlikte, bir terör örgütüne bu kamu görevlisine hesap sorulması ya da infazının gerçekleştirilmesi şeklinde bir çağrının gerçekleştirilmesi gerekir. Sadece bu isimlerin kamuoyuna açıklanması, salt he-

71 Bayraktar, s. 178.

72 Yargıtay 4. HD, E. 2014/1708, K. 2014/17309, KT. 17.12.2014. (Legalbank)

73 Bayraktar, s. 178.

74 Kadük olan 30.10.1994 tarihli Terörle Mücadele Kanunu'nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun Tasarısı'nın 5. maddesiyle, hedef gösterme suçunda, mağdurun kamu görevlisi olması şartı kaldırılmış ve ek olarak aleniyet suçun unsuru halinde getirilmişti. İlgili düzenleme şu şekilde idi: “... *İsim veya kimlik belirterek veya kim olduğu anlaşılabacak biçimde kişileri alenen hedef gösterenler...*”.

def olma ihtimalinin varlığı nedeniyle hedef gösterme olarak değerlendirilemez düşüncesindeyiz. Yargıtay'ın içtihatlarına bakıldığında da hedef göstermenin⁷⁵ bir terör örgütüne⁷⁶ ya da örgütlerine yönelik olması gerektiği⁷⁷ görüşü hakimdir⁷⁸.

e. Netice

TMK 6/1. maddedeki suç tipinde açıklamanın yapılması, yayının gerçekleştirilmesi ve hedef göstermenin gerçekleşmesiyle netice meydana gelir. Kamu görevlisinin kimliğinin, açıklanması, yayınlanması veya hedef gösterilmesi neticesinde bahis konusu kamu görevlisinin fiziksel ya da yaşamsal bir zarar görmesi gerekli değildir. Bu açıdan suç, neticesi harekete bitişik bir suç⁷⁹ özelliği taşır.

- 75 Yargıtay 9. CD, E. 2004/1346, K. 2004/4758, KT. 28.09.2004 (Legalbank): “Dava konusu yazılarda sanıkların ne suretle kamu görevlilerini terör örgütlerine *hedef gösterdikleri* gerekçeleri gösterilip açıklanmadan, dava konusu yazıların isimleri yazılmak suretiyle hüküm tesisi kanuna aykırı ...”.
- 76 Yargıtay 8. CD, E. 1999/3339, K. 1999/6181, KT. 29.04.1999 (Legalbank): “Davaya konu ‘Sosyalizm Yolunda Kızılbayrak’ adlı gazetenin 19 Eylül 1998 tarihli 23. sayısının 3. sahifesindeki ‘*Sermayenin çete devleti katillerini aklıyor: Susurluğun üstü örtülüyor*’ başlıklı yazısının 2. sütununun 7. paragrafında ve 4. sahifede yer alan ‘*Temiz Toplum Savaşan İşçilerle Gelecek*’ başlıklı yazının 2. sütununda *terörle mücadelede görev almış* Mehmet Ağar ve İbrahim Şahin’in hedef gösterildiği belirtilerek müsnet suçun bu şekilde işlendiği ileri sürülmüş ise de davaya konu yazılar bütün olarak ele alındığında birtakım olayların açıklandığı, bu olaylarla ilgili değerlendirmeler yapıldığı dolayısıyla maddede tanımı yapılan hedef gösterme suçunun unsurları oluşmadığı gözetilmeden bu suçtan sanığın yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi ...”.
- 77 Yargıtay 16. CD, E. 2015/4065, K. 2015/2095, KT. 23.06.2015 (Legalbank): “3713 sayılı Kanun’un 6/1. Maddesinde düzenlenen hedef gösterme suçunun oluşabilmesi için kişilerin terör örgütlerine hedef gösterilmiş olması gerektiği, dava konusu internette yer alan yazı ve internet sitesinin niteliği bir bütün olarak değerlendirildiğinde; bu kapsamda hedef gösterme olarak kabul edilemeyeceği demokratik toplumun zorunlu unsurlarından olan basın bilgi verme, eleştirme, yorumlama işlevi ve Anayasanın 26, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 10. maddelerinde düzenlenen ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden sanığın atılı suçtan beraati yerine yazılı gerekçe ile mahkûmiyetine karar verilmesi ...”. Aynı şekilde Yargıtay 9. CD, E. 2009/14883, K. 2011/30914: “3713 sayılı Kanunun 6/1 maddesinde düzenlenen hedef gösterme suçunun oluşabilmesi için kişilerin terör örgütlerine hedef gösterilmiş olmasının gerektiği ...”. Karar için bkz. <http://www.aihmiz.org.tr/aktarimlar/dosyalar/1364127435.pdf> (05.07.2021)
- 78 İstanbul 22. Ağır Ceza Mahkemesi (2012/74 E., 2013/66 K.), günlük bir gazetede “Sıra Sana da Gelecek!” başlıklı yazıda terörle mücadelede görev almış olan İl Jandarma Alay Komutanının isminin yazılmasını ve Uludere’de meydana gelen 34 kişinin ölümü ile ilgili olayın gündeme getirilerek FE isimli kişinin komutan tarafından tehdit edildiğinin belirtilmesinde kamu görevlisinin hüviyetinin açıklanması ya da bu kişilerin hedef gösterilmesi suçunun unsurlarının oluşmadığı gerekçesiyle beraat kararı vermiş; bu karar da 16. Ceza Dairesi tarafından onanmıştır. Yargıtay 16. CD, E. 2017/804, K. 2017/3453. (Yayınlanmamıştır)
- 79 Bayraktar, s. 181.

2. MANEVİ UNSUR

TMK 6/1. maddede yer alan suç tipi kasten işlenen bir suçtur. Dikkatsizlikle ve tedbirsizlikle yani taksirle kamu görevlisinin kimliğinin açıklanması veya yayınlanması bu suçu oluşturmaz.

Düzenlemede yer alan üç seçimlik hareket için de failin, hüviyeti açıklanan kişinin terörle mücadelede görev almış bir kamu görevlisi olduğunu bilmesi gerekir. Bu bilgiye dair bir yanlış TCK 30/1. madde kapsamında değerlendirilebilecektir⁸⁰.

Terörle mücadelede görev almış kamu görevlisinin hedef gösterilmesi biçimindeki suç tipinin genel kastla mı yoksa özel kastla mı işleneceği hususu tartışmalıdır. Genel kast, kanunun sadece maddi fiilin bilinçli ve iradi olmasını yeterli kabul ettiği, suçun varlığı için faili harekete geçiren amacın önem taşımadığı hâllerde ortaya çıkar. Özel kast ise, kanunun suç unsuru veya ağırlatıcı neden olarak kabul ettiği durumlarda, failin belirli bir saikle hareket etmesinin arandığı hâllerde söz konusudur. Bu hâllerde, failin amacı tipik maddi fiile değil, kusur unsuruna dâhil olduğundan, suçun tamamlanması için amacın gerçekleşmesi şart değildir⁸¹.

Özek, terör propagandası üzerine yaptığı değerlendirmede, bu tip suçlarda failin korunan hukuksal değere zarar vermek amacıyla hareket etmesi koşulunun kabul edilmesinin, kişi hak ve özgürlüğünün güvencesini oluşturduğu ve özellikle siyasal suç uygulamasında böyle bir güvencenin varlığının zorunlu olduğu düşüncesindedir. Bu nedenle, yazara göre, özel kastın aranmaması durumunda, siyasal güce, düşünce açıklamak, haber vermek hakkı kapsamında olan açıklamaların dahi suç sayılması olanağı sağlanabilir. Bu bakımdan, eylemde, özel kastın varlığının aranmasının, hakkın sınırının aşıp aşılmadığının, eylemin hukuka aykırı olup olmadığının saptanması bakımından vazgeçilmez bir önemi vardır⁸². Yine Özek, hedef gösterme suçu bakımından zarar neticesi ve zarar yaratmaya yönelik kastın aranmamasıyla, salt haber vermenin suç hâline geldiği, nedensel ilişki kurulmaksızın basında çıkan haberlerin suikast olayla-

80 Aynı görüş için bkz. Bayraktar, s. 183.

81 Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi 2020, 15. Baskı, s. 390.

82 Özek, *Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına*, s. 50.

rının nedeni olarak görüldüğü için basın özgürlüğünü kısıtlayan bu düzenlemenin getirildiği görüşündedir⁸³.

Bayraktar da, maddede özel kastı belirleyici bir terimin bulunmamasının, özel kastın aranmamasını gerektiren bir sebep olarak görüldüğü, kastın belirlenişinde, bazı arayışların bulunduğu, uygulamada bazı kararlarda⁸⁴ hedef gösterme kastının bulunmadığı belirtilirken genel kasttan özel kasta doğru bir eğilimin varlığının sezildiği düşüncesindedir. Yazara göre, TMK 6. madde yorumlanırken ve kusurluluk yönünden sınırlarını saptanmaya çalışılırken genel kast ile yetinmemek gerekmektedir. Kanunun terörle mücadele amacı ile yürürlüğe konulmuş olduğu gerçeğini hatırlatan Bayraktar, failin kusurluluğu ile terör arasında bağlantı kurulması gerektiğini ifade etmektedir. Aynı şekilde failin, bir hedef kişi hakkında yayın yaparken, bu kişi hakkında yayında belirtilen suçun işleneceğini, işlenebileceğini bilmesi ve istemesi gerekmektedir. Böylece sadece failin eylemi ile bağlantılı kusurluluğu, daha geniş bir alana yayılarak failin eylemine bağlı nedenlere ve amaca da uzanabilmektedir. Bu durumda aranması gereken kast, Bayraktar'a göre genel kastın ötesinde özel kast olmalıdır⁸⁵.

3. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

a. Basın Özgürlüğü

Özek'e göre TMK 6-8. maddelerinin, siyasal faaliyette bulunmak, düşünce açıklamak, yorum yapmak, eleştiri yöneltmek, sorunların çözümü için öneride bulunmak türünden eylemlere uygulanma olanağı yoktur. Yazara göre, aksine uygulama Kanun maddelerinin mantık ve amacı dışında kalan eylemlerin cezalandırılması anlamına gelir⁸⁶. Dolayısıyla bu maddelerdeki hükümler, demokratik kurallara, düşünce açıklama ve öğrenme hakkına, özgür haber dolaşımı özgürlüğüne sınır getiren bir biçimde anlaşılamaz ve uygulanamaz⁸⁷.

83 Özek, "Terör ve Terörle Mücadele Kanunu", s. 370. Özek ayrıca sübjektif açıdan bir eylemin terör eylemi sayılabilmesi için failin özel kastının kanıtlanması gerektiği görüşündedir. Bkz. Özek, "Terör ve Terörle Mücadele Kanunu", s. 361.

84 Bayraktar, s. 183.

85 Bayraktar, s. 183.

86 Özek, *Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına*, s. 37. Eserin yayınlandığı tarihte TMK 8. Madde halen yürürlükte idi.

87 Özek, *Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına*, s. 41.

Haberleşme özgürlüğü, haber, düşünce ve kanıların kitle iletişim araçları ile serbestçe alınması ve yayılmasıdır. Bu noktada haberleşme özgürlüğü, sadece haberin, düşüncenin, kanıların yayılması değil, çağdaş insanın sosyal yaşantısının vazgeçilmez bir koşulu olarak bunların okunması, dinlenmesi ve seyredilmesi hakkını da kapsar⁸⁸.

1982 Anayasasında basın özgürlüğü “*Basın Yayımla İlgili Hükümler*” kısmında düzenlenmiştir. “*Basın Hürriyeti*” başlıklı 28. maddede “*Basın hürdür, sansür edilemez. Basımevi kurmak izin alma ve mali teminat yatırma şartına bağlanamaz. Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır...*” denilmek suretiyle bu husus ifade edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin Fatih Taş Başvurusu’nda da belirttiği gibi, basın özgürlüğü düşüncenin iletilmesini ve dolaşımını gerçekleştirerek bireyin ve toplumun bilgilenmesine hizmet eder. Çoğunluğa muhalif olanlar da dâhil olmak üzere, düşüncelerin, her türlü araçla açıklanması, açıklanan düşünceye paydaş sağlanması, düşünceyi gerçekleştirmek ve gerçekleştirme konusunda ikna etmek çoğulcu demokratik düzenin gereklerindendir. Bu itibarla düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile basın özgürlüğü demokrasinin işleyişi için yaşamsal önemdedir⁸⁹.

Yine Anayasa Mahkemesi’nin Emine Aydın Başvurusu’nda basın özgürlüğünün nasıl sınırlanacağı şu şekilde ifade edilmiştir: “*Demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk, ölçülülük ve öze dokunmama kriterleri çerçevesinde yapılacak denetimde genel ya da soyut bir değerlendirme yerine, ifadenin türü, şekli, içeriği, açıklandığı zaman, sınırlama sebeplerinin niteliği gibi çeşitli unsurlara göre farklılaşan ayrıntılı bir değerlendirme yapılmasına ihtiyaç bulunmaktadır. Öze dokunmama ya da demokratik toplum gereklerine uygunluk kriterleri, öncelikle ifade hürriyeti üzerindeki sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbir niteliğinde olmalarını, başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak kendilerini göstermelerini ge-*

88 İçel, Kayıhan, “*Haberleşme Özgürlüğü*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1976, c. 41, sy. 1-2, s.72.

89 Anayasa Mahkemesi Genel Kurul, Fatih Taş Başvurusu, BN: 2013/1461, Karar Tarihi: 12.11.2014, par. 65. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/1461?BasvuruNo-Yil=2013&BasvuruNoSayi=1461> (08.07.2021)

rektirmektedir. Nitekim AİHM de demokratik toplumda gerekli olmayı, “zorlayıcı sosyal ihtiyaç” şeklinde somutlaştırmaktadır.

Buna göre, sınırlayıcı tedbir, zorlayıcı bir sosyal ihtiyacın karşılanması ya da gidilebilecek en son çare niteliğinde değilse, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilmektedir. Aynı şekilde zorlayıcı sosyal ihtiyacın varlığı araştırılırken de soyut bir değerlendirme yapılmayıp, ifade ortamına dahil olan ifade edenin sıfatı, hedef alınan kişinin kimliği, tanınmışlık düzeyi, ifadenin içeriği, ifadelerin kamuoyunu ilgilendiren genel yarara ilişkin bir tartışmaya sağladığı katkı gibi çeşitli hususlar göz önünde bulundurulmalıdır⁹⁰.”

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da basın özgürlüğünün taşıdığı öneme ve sınırlandırılma koşullarına atıf yapılmıştır. AİHM’in basın ile ilgili kararlarında, ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun esaslı temellerinden birisini oluşturduğuna değinildikten sonra, basına tanınması gereken güvencelerin özel önemine vurgu yapılmaktadır. Mahkeme’ye göre basın ve diğer medya organlarının ifade özgürlüğü, kamuoyuna, yöneticilerin görüş ve davranışlarını tanıtmak ve yargılamak için en iyi araçlardan birisini sunmaktadır. Basına düşen, siyasal arenada ve kamunun ilgilendiği diğer alanlarda tartışma konusu olan bilgi ve görüşleri iletme görevidir. Basının bu görevi, kamuoyunun da bahsi geçen bilgi ve görüşleri alma hakkı ile tanımlanır⁹¹. Basın özgürlüğü, bir yönüyle halkı ilgilendiren haber ve görüşleri iletme özgürlüğü iken diğer yönüyle halkın da bu bilgi ve görüşleri alma hakkıdır. Yine Mahkeme’ye göre, basın ancak bu şekilde, kamuoyunun bilgi edinme hakkı bakımından yaşamsal önemi bulunan “halkın gözcülüğü” ya da “bekçisi” görevini yapabilir. Basın özgürlüğü söz konusu olduğunda, ulusal makamlara tanınmış olan takdir yetkisi demokratik bir toplumun yararı dikkate alınarak sınırlandırılır.⁹²

90 Anayasa Mahkemesi Birinci Bölüm, Emin Aydın Başvurusu, BN: 2013/2602, Karar Tarihi: 23/1/2014, par. 48. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/2602?BasvuruNo-Yil=2013&BasvuruNoSayi=2602> (08.07.2021)

91 Handyside / Birleşik Krallık, BN: 5493/72, par. 49, Centro Europa 7 S.R.L. and Di Stefano / İtalya, BN: 38433/09, par. 131. Bkz. İfade Özgürlüğü ile İlgili Türk Yüksek Mahkeme Kararları Kaynakçası, s. 6. <https://rm.coe.int/16807005e3> (08.07.2021)

92 YHGK E. 2013/4-2436, K. 2015/1731 sayılı kararından, Editions Plon / Fransa, BN: 58148/00,

Yargıtay içtihatlarına bakıldığında da “yayın yoluyla düşünce açıklama, eleştiride bulunma ve bu bağlamda ‘haber verme hakkı’ Anayasanın 22. ve 26. Maddelerinde güvence altına alınmıştır.” denilmek suretiyle; haber verme hakkının anayasal güvencesi olarak, ifade özgürlüğünü düzenleyen 26. madde işaret edilmiştir⁹³.

Yargıtay bir başka kararında basın özgürlüğünün güvence fonksiyonuna da değinmiştir. Buna göre: “İfade özgürlüğünün ayrılmaz bir parçası olan basın özgürlüğü; basının fikir, yorum ve haberleri yayma hakkı yanında, kişilerin bunlardan yararlanma haklarını da güvence altına almaktadır. Diğer bir anlatımla basın özgürlüğünün amacı; bilim, sanat, fikir eseri üretme ve yayma, güncel olaylar, politik konular veya kamuoyunu ilgilendiren kişiler hakkında haber verme, eleştiri yapma ve bunları basın yayın araçlarıyla kitle iletişimine sunma ve bu şekilde bir yandan kişilerin bireysel gelişimleri için gereken ortamı sağlama, diğer yandan da yönetimle ilgili fikir oluşturma ve yönetime katılma haklarını güvenceye almaktır.”⁹⁴.

Basın özgürlüğü bir hakkın kullanılması suretiyle hukuka uygunluk nedenidir. Yargısal içtihatlara bakıldığında haber verme hakkı hukuka uygunluk nedeninin varlığı için aranan koşullar; “haber gerçeğe ve güncel olması”, “haber vermesinde kamu yararı bulunması” ve “ölçülülük”tür. Haberde paylaşılan bilgiler, bir kişi veya kişilerin haklarına zarar verebilir. Bu durumda fiili hukuka uygun hâle getiren, böyle bir haberi vermedeki kamu yararının kişinin ihlal edilen haklarından daha değerli olduğu yönündeki kabuldür. Dolayısıyla bir haberin verilmesinin hukuka uygunluk nedeninin sınırları içinde olduğunun kabul edilebilmesi için, haberin vermesinde kamu yararının da bulunması gerekir.

TMK 6/1. maddeyle ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin⁹⁵ bir kararı suç tipine dair değerlendirmelere ışık tutabilecek nitelik-

par. 44; Bladet Tromsø and Stensås / Norveç, BN: 21980/93, par. 59. Bkz. İfade Özgürlüğü ile İlgili Türk Yüksek Mahkeme Kararları Kaynakçası, s. 6. <https://rm.coe.int/16807005e3> (08.07.2021)

93 Bkz. Cebre, Ayvaz, “Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Haber Verme Hakkı”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2016, sy. 7, s. 293.

94 Cebre, s. 294. Yargıtay 4. CD, E. 2010/5233, K. 2012/5399, KT. 07.03.2012. (Legalbank)

95 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, BN: 24122/94, Sürek /Türkiye Davası No:2, par. 39-42. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-124830> (10.07.2021)

tedir. Mahkeme, habere konu olaya dair mahkumiyet ve cezanın, basının kamu yararına olan konularda açık tartışmaya katkısını yıldı-
rabilecek nitelikte olduğu kanaatine varmıştır. Buna göre:

“Söz konusu haber makalesi basit bir polis görevlisi ve bir jandarma subayı tarafından belli durumlar konusunda emredildiği veya teyit edildiği bildirilen ifadeleri yansıtmaktadır. Bu iddiaların doğru olduğu varsayılırsa, söz konusu yanlış davranışın ciddiyeti karşısında kamunun sadece hareketi değil, aynı zamanda yetkililerin kimliklerini öğrenme konusunda meşru bir hakkı bulunmaktadır. (...)

(...) Yukarıdaki hususlar ışığında Mahkeme, Hükümet’in söz konusu yetkilileri terörist saldırılarından koruma amacının, başvuranın Sözleşme’nin 10. maddesi kapsamındaki ifade özgürlüğü hakkına uygulanan sınırlamaların bakli çıkarılması için yeterli olmadığı kanaatindedir. Basın özgürlüğünün korunması ile söz konusu kamu görevlilerinin kimliklerinin korunması arasında adil bir denge olmadığına, şikayet konusu müdahale, ilgili meşru amaçlar ile orantısızdır. Bu nedenle mevcut davada Sözleşme’nin 10. Maddesi ihlal edilmiştir”.

Yine terörle mücadelede görev almış kamu görevlisinin isminin açıklanması nedeniyle verilen mahkumiyet kararına dair AİHM tarafından verilen bir başka kararda önce basının önemine vurgu yapılmıştır:

“Ancak hukukun üstünlüğüne dayalı bir devlette basının vazgeçilmez rolü unutulmamalıdır. Suç işlenmesinin önlenmesi ve asayiş ve üçüncü şahısların itibarının korunması gibi amaçlarla konulmuş bazı sınırların aşılmaması gerekse de siyaset ve halkı ilgilendiren diğer konularda bilgi ve fikir aktarmak basının görevidir. Basının özgürlüğü siyasi liderlerinin fikir ve tavırlarını öğrenmeleri ve baklarında bir kanaat oluşturmalarında halka sunulmuş en iyi araçlardan biridir. Basın özgürlüğü aynı zamanda bir dereceye kadar abartı ve batta tabrike izin verir”.

“AİHM ayrıca düzenlenmiş olsun ya da olmasın, röportaj ve şahısların beyanlarına dayanan haberlerin basının “balkın gözcüsü” olma görevini yerine getirmesinde en önemli yol olduğunu

hatırlatır. Başka bir şahsın sözlerinin yayılmasına yardımcı olduğu için bir gazetecinin cezalandırılması basının baskı ilgilendiren konuların tartışılmasına katkısına ciddi şekilde engel olacaktır ve bunu yapmak için çok geçerli nedenler bulunmuyorsa bu yola başvurulmamalıdır. Gazetecilerden başkalarını rencide ya da tabrik edebilecek ya da itibarını zedeleyebilecek beyanlara resmen ve sistematik olarak mesafeli durmaları yönünde genel bir koşul getirilmesi, basının güncel olaylar, görüşler ve fikirler hakkında bilgi verme rolüyle bağdaşmamaktadır.”

Kararın sonuç bölümünde kamu görevlisinin isminin ifşası nedeniyle gerçek bir tehlike ile karşı karşıya kalıp kalmadığı hususunun dikkate alınmadığı, dava koşullarını bir bütün olarak göz önünde bulundurulduğunda, ulusal makamların takdir yetkisini de dikkate alınmakla birlikte, başvuranların ifade özgürlüğüne yapılan şikâyet konusu müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli” olduğunu göstermeye yetecek gerekçeye dayanmadığı belirtilmiştir⁹⁶.

AİHM’in konuyla ilgili üçüncü kararında⁹⁷ Adalet Bakanı olan şikâyetçinin Emniyet Müdürü olduğu dönemde polislerin şiddet içerikli eylemlerinden bahsedilerek, Bakan’ın mesleki yükselişinin buna bağlı olduğunun ifade edilmesi şeklindeki yazı nedeniyle terörle mücadele görevini yerine getiren Adalet Bakanı’nı hedef olarak gösterdiği ve içeriğinin eleştiri ve bilgilendirme sınırlarını aştığı iddiasına dair şunlar yer almaktadır:

“Öncelikle dava konusu yazı hakaret içerikli olsa da, başvuranın hakarete ilişkin yasalar gereğince değil de terörle mücadeleye ilişkin hükümler gereğince yargılandığını gözlemlenmektedir. (...)

Mahkeme, ulusal mahkemelerin kararlarında yer alan gerekçeleri inceleyerek bunların başvuranın ifade özgürlüğü hakkına müdahaleyi baklı göstermeye yeterli görülemeyeceği sonucuna varmıştır. Dava konusu haberde kullanılan ifadelerin Hükümet’e ve Bakan’a karşı saldırı nitelikli olsa da şiddete, silahlı direnişe ve

96 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, BN:39457/03, Saygılı ve Falakoğlu /Türkiye Davası, Kararın Türkçe Çevirisi, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-141269>, s. 2-3. (10.07.2021)

97 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Başvuru No: 42589/98, Korkmaz / Türkiye Davası No:2. Kararın Özet Çevirisi <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-121849> (10.07.2021)

isyana teşvik etmediği gözlemlenmektedir. Mahkeme, ayrıca kine teşvik edici bir konuşma olmamasının dikkate alınması gereken temel unsur niteliğinde olduğunu düşünmektedir.”

AİHM’in konuyla bağlantılı Ergin ve Keskin / Türkiye⁹⁸ kararında ise Günlük Emek Gazetesi’nde General Veli Küçük hakkında yapılan haberde kullanılan ifadelerin terör örgütlerine hedef gösterme⁹⁹ olarak nitelendirilip, başvurucular aleyhine para cezası verilmesini, gazetenin ilgili nüshasının toplatılmasını ve yayınının durdurulmasını ifade hürriyetine aykırı bulmuştur. Kararının gerekçesinde AİHM, davaya konu yazının, Karadeniz Bölgesi’ne yeni atanan jandarma komutanı ve atanma sonrası gelişmelerle ilgili bir haber niteliği taşıdığını, makalenin bazı kısımları Türk Devleti hakkında hayli negatif bir tablo çizse de, şiddet kullanmaya, başkaldırıya, silahlı direnişe teşvik edici mahiyeti bulunmadığını ve kin güden bir beyanat içermediği kanaatine ulaştığını ifade etmiştir¹⁰⁰.

AİHM’in Fatih Taş kararında da TMK 6/1. madde kapsamında verilen mahkumiyet kararı değerlendirilmiştir. Karara konu olay, başvurucunun müstear isimle yazdığı, “İtirafçı Bir Jitem Mensubu Anlatıyor” isimli kitapta kullanılan ifadelerdir. Kitapta, AİHM tarafından X olarak isimlendirilen yasadışı terör örgütü PKK’nın eski bir mensubu, devlet görevlileri tarafından nasıl üye yapıldığını ve daha sonra özellikle 1990 yılı başlarında bu görevlilerin terörle mücadelede kullandıkları yöntemleri anlatmıştır. Kitapta özellikle, bu mücadelede yer alan güvenlik güçleri mensubu onlarca kişinin isimlerine yer verilmiştir. Kitabın bazı bölümlerinde, muhbirler ile eski PKK mensuplarının isimlerinin ve görevlerinin yanı sıra, asker ve subayların isim ve görevleri, şu anki faaliyetleri ve nihayet nerede

98 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Ergin ve Keskin / Türkiye Davası, BN: 63926/00, Kararın Özet Çevirisi: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-121102>, (10.07.2021)

99 İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi’nin 16 Nisan 1998 tarihli kararının gerekçesinden TMK 6/1. maddedeki hedef göstermeye dair ifadeler şöyledir: “Gazetenin birinci sayfasında, General Veli Küçük’ün resmiyle birlikte yayınlanan makalede, kendisinin Kocaeli ilinde görev yaptığı dönemde siyasi motifli cinayetlerin işlendiğini, Generalin ‘ölüm üçgeni’ diye çağrılan bir bölgenin Komutanı olduğunu ve güneydoğuda yürütülen savaşta aktif bir rol oynadığını, faili meçhul cinayetlerin, yargısız infazların ve kontrgerilla eylemlerinin genelde görev yaptığı bölgelerde yoğunlaştığını, Karadeniz bölgesinde de, gelişinden beri, özellikle gözaltında işkence ve çobanların kurşunlanması gibi hadiselerle aynı olay yoğunluğunun kendisini hissettirdiğini ...” Ergin ve Keskin / Türkiye, par. 8.

100 Ergin ve Keskin / Türkiye, par. 20,22.

görev yaptıkları anlatılmıştır. Bazı şahıslar *Musa Anter'in infaz ekibi*, diğer bazıları *Vedat Aydın'ın infaz ekibi* gibi deyimlerle ifade edilmiştir. Yine kitabın bazı bölümlerinde, şahıslar, *cellat*, *tetiği çeken*, *boğaz kesen* gibi benzetmelerle tanıtılmış, ya da, anlatan kişi hakkında, “*X, sokaklarda ve evlerde Kürtleri kovalayan ve onları boğazlayan (...)*” ifadeleri kullanılmıştır. Kitapta ayrıca, X'in yaptığı işlerle ilgili notlarını ve özellikle X'in o dönemde görev yapan başka kişilerle görüldüğü birçok fotoğrafı içeren ek bir bölüm yer almıştır. Ek'te o dönemde görev yapan birçok siyaset adamı ile ordu mensubu subayların isimleri verilmiştir¹⁰¹. AİHM, kararında, kitabın güvenlik güçleri mensuplarının suça karıştığı ve yasa dışı eylemler gerçekleştirdiği ya da bu eylemleri kışkırttığı yönünde ciddi iddialar içerdiğini ve bu konunun ilgili şahısları saldırı tehlikesine maruz bıraktığını veya kamu tarafından hor görülmelerine neden olacağını belirtmiştir. AİHM, kitabın yazarlarına X'in bizzat kendisinin röportaj verip olayları anlattığını ve daha önce 1998 yılında TBMM için düzenlenen bir raporda isminin yer aldığını ve o dönemde yayınlanan günlük bir gazetede de bunların yayınlandığını tespit etmiştir. Yine Mahkeme, mevcut davanın konusu olan kitabın yayınlandığı dönemde, bazı güvenlik güçleri mensuplarını görevi kötüye kullanmakla suçlayan ihtilaflı bilgilerin kamuoyu tarafından daha önceden de bilindiğini not ederek, zaten bu durumda bahis konusu devlet görevlilerinin kimliklerinin korunmasındaki menfaatin önemli ölçüde azaldığına ve kısıtlamanın önlemeyi amaçladığı olası zararın gerçekleştiği sonucuna ulaşarak Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir¹⁰².

Anayasa Mahkemesi'nin S.S.A. Başvurusuna konu olayda ise, başvurunun İstanbul Terörle Mücadele Şube Müdür Yardımcılığına atanmasının akabinde Akşam gazetesinin Internet sitesinde başvuru hakkında, “*terör artık işkenceci polise emanet*”, “*davalar rütbe almaya engel değil*” gibi başlıklar taşıyan haberler başvurunun kimliği açıklanmak suretiyle yayınlanmıştır. Bunun üzerine başvuru, TMK 6/1. maddenin ihlali nedeniyle İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına başvurmuş ancak kovuşturmayla yer olmadığı kararı verilmiş,

101 Fatih Taş / Türkiye Davası, BN: 36635/08, Türkçe Özet Çeviri, s. 2, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-121244> (10.07.2021)

102 Fatih Taş / Türkiye Davası, Başvuru No: 36635/08, s. 6.

karara itiraz da reddedilmiştir¹⁰³. Başvurucu bunun üzerine haberde kullanılan ifadelerde ve yapılan yayında TMK 6/1. maddesinin etkin şekilde uygulanmaması nedeniyle kimliğinin ifşa edildiği ve bu sebeple terör örgütlerinin hedefi hâline geldiğini belirterek Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi, kararında TMK 6/1. maddeyle ilgili bir değerlendirme yapmamış ve diğer ihlal iddialarının yanında, başvurucunun yalnızca ceza muhakemesi yoluna başvurduğu ve somut başvuru açısından daha etkili bir giderim yolu olan hukuk davası açma imkânını kullanmaksızın bireysel başvuruda bulunması nedeniyle, “başvuru yollarının tüketilmemesi” nedeniyle kabul edilemezlik kararı vermiştir¹⁰⁴.

Yargıtay 9. Ceza Dairesi 2004 yılında verdiği bir kararında suç konu “İşkencecilere Mahkumiyet” başlığı ile yayınlanan yazının bir kısım kolluk mensupları hakkındaki, aleni yargılamaya ve karara ilişkin haber niteliği taşıdığı gözetilmeden, unsurları oluşmayan “terörle mücadelede görev alanları *hedef göstermek*” suçundan mahkumiyet kararı verilmesini hukuka aykırı bulmuştur¹⁰⁵.

b. Hak Arama Özgürlüğü

Herkesin, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu Anayasa'nın 36. maddesinde ifade edilmiştir. Yine Anayasa'nın 74. maddesi, kamu ile ilgili dilek ve şikâyetler hakkında, yetkili makamlara ve TBMM'ye yazı ile başvurmayı, dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı olarak düzenlemiştir. CMK 158. maddede de ceza yargılaması bağlamında ihbar ve şikâyetin hangi makamlara ve nasıl yapılacağı gösterilmek suretiyle hak arama özgürlüğünün şekli yapısı somutlaştırılmıştır.

Yukarıda TMK Tasarısı'nın TBMM'de görüşülmesi esnasında özellikle işkence suçunu işlediği iddiasıyla terörle mücadelede görev almış kamu görevlileri hakkında ihbar ya da şikâyetle bulunmanın bu suçu oluşturup oluşturmayacağı konusundaki tartışmaları dile

103 Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, S.S.A Başvurusu (Başvuru Numarası 2013/2355), K.T. 7.11.2013, par. 8. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/2355> (10.07.2021)

104 S.S.A Başvurusu, par. 35.

105 Yargıtay 9. CD, E. 2004/487, K. 2004/1298, KT. 13.04.2004. (Yayınlanmamıştır)

getirmiştik¹⁰⁶. TMK 6/1. maddedeki terörle mücadelede görev almış kamu görevlisinin bir ihbar, şikâyet yoluyla veya iddia ya da savunma kapsamında hüviyetinin açıklanmasının, hak arama hürriyeti veya şartlarını taşıması durumunda iddia ve savunma dokunulmazlığı kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Nitekim Yargıtay, sanığın başka bir suçtan yargılanması sırasında mahkemeye verdiği savunma dilekçesinde savunma sınırlarını aşarak çok sayıda kişinin isim ve kimliklerini bildirmek suretiyle bu kişilere cebir ve şiddet yöntemini benimseyen silahlı çete niteliğindeki örgüt tarafından cezalandırılacakları açıklanarak hedef göstermeyi ifade özgürlüğü kapsamı dışında bulmuştur¹⁰⁷. Kararda atıf yapılan ve Anayasa ile uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınan savunma hakkının gerçekten kullanılabilmesi, savunmaya, herhangi bir ceza kovuşturmasına uğramayacağı konusunda güvence verilmesine bağlıdır. Bu ise savunmanın dokunulmaz olmasını gerektirir¹⁰⁸. Ancak, bütün bunlar savunma hakkının sınırlanamayacağı anlamına gelmemektedir. Savunma hakkının sınırları, ölçülülük ilkesi çerçevesinde, ancak bu hakkın özünü ortadan kaldırmayacak şekilde ve demokratik bir devlette kabul edilebilir ölçüde kısıtlanabilecektir¹⁰⁹. Bu durumda terörle mücadelede görev almış kamu görevlisinin hüviyetiyle ilgili şüpheli, sanık ya da bunların müdafileri tarafından yapılan açıklamaların gerçek ve somut vakıalara dayanması ve uyuşmazlıkla bağlantılı olması durumunda¹¹⁰ bahsi geçen hukuka uygunluk nedeninden faydalanabilmesi mümkündür.

c. İlgilinin Rızası

TCK 26/2. maddeye göre, kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçeve-

106 Toroslu, mevcut düzenlemenin işkenceye tabi tutulan kişilerin kendilerine işkence yapanları açıklamalarını ve bu konuda adli makamlara başvurmalarını önleyecek bir niteliği olduğunu belirtmiştir. Bkz. Toroslu, s. 393.

107 Yargıtay 9. CD, E. 2004/001517, K. 2004/2029, KT. 10.05. 2004. (Hukukturk)

108 Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara, 2020, s. 673.

109 Zafer, Hamide, “*Savunma Hakkı ve Sınırları*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2013, c. 19, sy. 2, s. 516.

110 Ayrıca bkz. Kocaoglu, Serhat Sinan, “*Türk Ceza Kanunu (M. 128) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Bir Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Savunma Dokunulmazlığı*”, Ankara Barosu Dergisi, 2012, sy. 4, s. 33.

sinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilemez. İlgilinin rızasının bir hukuka uygunluk nedeni oluşturabilmesi için öncelikle rızaya konu hak üzerinde kişinin mutlak surette tasarruf etme yetki bulunmalıdır. Diğer yandan kişinin rıza göstermeye ehil olması, rızanın özgür ve sağlıklı bir iradeye dayanması, rızanın belli şartları varsa buna uyulması ve rızanın da hukuka uygun bir biçimde alınması¹¹¹ gerekir.

TMK 6/1. madde kapsamında terörle mücadelede görev almış kamu görevlisinin hüviyetinin açıklanmasına dair rızası ise kanaatimizce geçerli değildir. Nihayetinde bu suç tipiyle her ne kadar kamu görevlisinin de yaşam hakkı ve vücut bütünlüğünü de içeren güvenliğinin korunması amaçlansa da suçta korunan değer yukarıda da ifade ettiğimiz gibi geniş anlamla sadece bununla sınırlı değildir. Hüviyetin açıklanmasıyla birlikte ilgili kurumun terörle mücadele konusunda bir zafiyet yaşaması mümkündür. Bu noktada devletin ya da ilgili kurumun terörle mücadele faaliyetine dair menfaatleri üzerinde kamu görevlisinin tasarruf imkânı bulunmadığından, hüviyetinin açıklanması konusundaki rızası işlenen fiili hukuka uygun hâle getirmez¹¹².

C. TEŞEBBÜS

TMK 6/1. maddede yer alan suç tipi neticesi harekete bağlı suçtur ve Kanun'da belirtilen icra hareketlerin gerçekleştirilmesiyle birlikte suç tamamlanır. Bu bakımdan bahsi geçen seçimlik hareketler ancak hareketin parçalara bölünebildiği ve icra hareketlerinin doğrudan doğruya başladığının kabul edilebildiği hâllerde teşebbüse müsaittir. Örneğin kamu görevlisinin hüviyetinin video paylaşım veya sosyal medya siteleri üzerinden açıklanması için içeriğin hazırlanıp; yayın için belirli bir saatin ayarlanması durumunda icra hareketi başlamış sayılabilecektir. Hüviyetin bu biçimde açıklanmasının ya da yayılmasının failin elinde olmayan nedenlerle gerçekleşmemiş olması durumunda, suç teşebbüs aşamasında kalabilecektir. Ya da mektup

111 Rızanın şartlarının geniş bir incelemesi için bkz. Ekici, Meral, *Ceza Hukukunda Rıza*, XII Levha Yayınları, İstanbul 2012, s. 111-218.

112 Ekici de TCK 267. maddede yer alan iftira suçundan hareketle, suçsuz bir kimse aleyhine kovuşturma yapılmasındaki devlete ait menfaatin yanında, haksız yere bir kovuşturmayla maruz bırakılmamaya ilişkin kişisel menfaatin de korunduğu ifade etmektedir. Ancak kişi, devletin adli faaliyetine ilişkin menfaatleri üzerinde tasarruf edemeyeceğinden, kendisine iftira edilmesine rıza göstermesinin hukuken hiçbir önemi bulunmamaktadır. Bkz. Ekici, s. 120.

yoluyla ilgili kamu görevlisinin hüviyet bilgisinin bir başkasına gönderilmesi ve mektubun muhatabına ulaşmadan ele geçirilmesi durumunda da, icra hareketleri tamamlanmış ancak netice gerçekleşmemiştir. Diğer yandan hedef göstermek suretiyle suçun işlenmesinde de kamu görevlisinin yaşamına ya da bedensel bütünlüğüne yönelik bir saldırının gerçekleşmemesi suçun teşebbüs aşamasında kaldığı anlamına gelmeyecektir.

D. İŞTİRAK

TMK 6/1. maddedeki suç tipi iştirak bakımından bir özellik göstermemektedir. Açıklama, yayınlama ve hedef gösterme fiilleri üzerinde ortak bir hâkimiyet kurarak fiilin birlikte işlenmesi yani müşterek faillik, TCK 35. madde kapsamında yardım etme ve TCK 38. madde uyarınca azmettirme mümkündür. Suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi durumunda suçun işlenişine iştirak etmemiş olan yayın sorumlusu da yukarıda tartışıldığı gibi adli para cezasıyla cezalandırılır.

E. İÇTİMA

TMK 6/1. maddede yer alan seçimlik hareketlerin birden fazlasının bir olayda gerçekleşmesi durumunda, aynı normun birden fazla ihlali nedeniyle birden fazla suç oluşmaz. Bu durumda yani olayda birden fazla seçimlik hareketin gerçekleşmesinde, suçun kanuni tanımındaki cezasının alt sınırından uzaklaşabilecektir.

Tek bir fiille terörle mücadelede görev almış birden fazla kamu görevlisinin hüviyetlerinin açıklanması, yayınlanması veya bu kamu görevlilerinin hedef gösterilmesi durumunda ise TCK 43/2. madde uyarınca failin cezasında dörtte birden dörtte üçe kadar arttırım yapılır.

Kamu görevlisinin hüviyetinin farklı zamanlarda, aynı suç işleme kararıyla birden fazla açıklanması veya yayınlanması hâlinde ise, artık hüviyet ifşa olduğu ya da gizli bilgi ortaya çıktığı için zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı düşüncesindeyiz¹¹³.

113 TCK 258. maddede yer alan göreve ilişkin sırrın açıklanması suçunda, Alşahin, kamu görevlisinin gizli kalması gereken aynı bilgiyi farklı zamanlarda farklı kişilere açıklaması durumun-

Uygulamada TMK 6/1. madde uyarınca açılan kamu davalarında ayrıca TCK 329. ve 336. maddelerin de gündeme geldiği görülmektedir. TCK 329. madde devletin güvenliği veya iç ya da dış siyasal yararları bakımından niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgilerin açıklanmasını, TCK 336. madde ise yetkili makamların kanun ve düzenleyici işlemlere göre açıklanmasını yasakladığı ve niteliği bakımından gizli kalması gereken bilgileri açıklamayı cezalandırmaktadır. Kanaatimizce TMK 6/1. maddede gizli tutulan hüviyet bu maddelerde yer alan gizli bilgiler kapsamında değildir. Bu yüzden terörle mücadelede görev almış kamu görevlisinin hüviyetinin açıklanmasının TCK 329 ve 336. maddeler kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Aksinin kabulü hâlinde de bu maddeler ile TMK 6/1. madde arasında özel norm – genel norm ilişkisinin varlığından hareketle hüviyetin açıklanması özel olarak ve açıkça TMK’da düzenlendiği için, TCK 329 veya 336. maddeleri yine uygulanamayacaktır.

TMK 6/1. maddedeki suç tipinin soyut tehlike suçu olmasından hareketle, bir zarar ya da zarar tehlikesinin meydana gelmesinin gerekmediğine değinmiştik. Ancak, özellikle hedef gösterme şeklindeki seçimlik hareketin gerçekleşmesi sonrasında, kamu görevlisine yönelik işlenen yaralama ya da öldürme suçlarında, hedef gösteren TMK 6/1. Maddenin yanında ayrıca işlenen suçtan azmettiren sıfatıyla sorumlu olabilecektir.

F. YAPTIRIM VE KOVUŞTURMA USULÜ

TMK 6/1. maddede yer alan suç tipinin cezası Kanun’da bir ila üç yıla kadar hapis cezası olarak öngörülmüştür. Suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde ise suçun işlenişine iştirak etmemiş olan

da tek suçun oluşacağı ve zincirleme suç hükümlerine göre cezanın arttırılacağı düşüncesindedir. Ancak bu bilgilerin aleniyet kazanması durumunda, artık bu bilgiler sır niteliğini kaybettiği için, bu bilgilerin yeniden açıklanması yazara göre suç teşkil etmemektedir. Bkz. Alşahin, Mehmet Emin, *Göreve İlişkin Sırrın Açıklanması Suçu*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2014, c. 20, sy. 2, s. 245; Özen / Köksal ise, sır kapsamındaki bilginin bir defa açıklanmasıyla birlikte, sırrın objektif niteliğinin ortadan kalkacağından bahisle, sır niteliği ortadan kalkmış bir bilginin açıklanması hakkında suçun oluşmayacağı; zincirleme suçun şartlarından biri olan birden çok şartının gerçekleşmeyeceğini ifade etmektedirler. Bkz. Özen, Muharrem / Köksal, Atacan, *Göreve İlişkin Sırrın Açıklanması Suçu*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, c. 69(1), s. 224, dn. 140.

yayın sorumluları hakkında bin günden beşbin güne kadar adli para cezası uygulanmaktadır.

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 12. maddesine göre 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun kapsamına giren suçlar dolayısıyla açılan davalarda ağır ceza mahkemesi yetkilidir.

5651 sayılı Internet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 8/A ve 9. maddeleri uyarınca hüviyetin veya hedef göstermenin yer aldığı yayının içeriğinin çıkarılması ve / veya erişiminin engellenmesi de mümkündür.

G. SONUÇ

Devletin terörle ve terör örgütleriyle mücadele konusunda bir görevinin olduğu kuşkusuzdur. Bu görev de belirli kurumlar ve kişiler vasıtasıyla yerine getirilir. Terörle mücadelede görev alan kamu görevlilerinin hüviyetlerinin açıklanmasının, yayınlanmasının veya hedef gösterilmelerinin, bu kişilerin hem yaşamlarına hem de vücut bütünlüklerine yönelik bir tehlike yaratması mümkündür. Bu noktada bahsi geçen kamu görevlilerinin, bu tip eylemlere karşı korunması da doğaldır. Ancak çalışmamızda da ifade ettiğimiz gibi, bu yasağın, özellikle birer hukuka uygunluk nedeni olan basın özgürlüğü ve hak arama özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilmesi ve bu hakları zorunlu hâller dışında kısıtlamaması gerekmektedir. Özellikle bir yönüyle halkı ilgilendiren haber ve görüşleri iletme özgürlüğünü diğer yönüyle de halkın bu bilgi ve görüşleri alma hakkını kapsayan basın özgürlüğü ile ilgili kamu görevlilerinin korunması şeklindeki güvenlik kaygısı arasında bir dengenin sağlanması gerekmektedir. Bu yapılırken de uygulanacak sınırlayıcı tedbirin zorlayıcı bir sosyal ihtiyacın karşılanmasına hizmet etmesine ya da başvurulacak en son çare niteliğinde olmasına dikkat edilmelidir. Soyut bir değerlendirmeye, olayın özellikleri, ifadenin içeriğinin ve yine kullanılan ifadelerin kamuoyunu ilgilendiren genel yarara ilişkin bir katkı sağlaması gibi hususların göz ardı edilmesiyle özgürlük-güvenlik ikileminde gü-

venlik lehine bir tutum alınması suretiyle basın özgürlüğünün feda edilmesi demokratik toplumun düzeninin gerekleriyle çatışacaktır. Ancak maalesef yukarıda suç tipiyle ilgili değindiğimiz; geçmişten günümüze açılan kamu davaları ve yargı kararları, gerek basın özgürlüğü gerek hak arama özgürlüğü aleyhine bir anlayışın varlığını ortaya koymaktadır.

Suç tipinde yer alan *“terörle mücadelede görev almış kamu görevlisi”* ifadesiyle ilgili TMK’nın kabulünden beri bir tartışmanın olduğu da ortadadır. Bu durumda TMK’da yapılacak bir değişiklikle kanaatimizce belirlilik ilkesini ihlal eden bu ifadenin tanımlanması ya da kapsamının belirtilmesi yerinde olacaktır.

Hedef gösterme şeklindeki seçimlik hareket konusunda da, basında çıkan her haberin ya da yapılan her açıklamanın bu biçimde nitelenmemesi gerekmektedir. Bunun da yine ilgili düzenlemede hedef göstermenin terör örgütü ya da örgütlerine yönelik olması gereğinin ve suçun manevi unsuruna dair özel kastın varlığının açıkça belirtilmesi suretiyle gerçekleştirilebileceği düşüncesindeyiz.

Diğer yandan suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi durumunda, yayın sorumlusunun cezalandırılmasına dair düzenlemede de değişiklik yapılarak, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılığın yani takririn açıkça TMK 6/4. maddesinde yer alması ve objektif sorumluluk görünümünün ortadan kalkması gerekir.

Sonuç bölümünün başında devletin terör ve terör örgütleriyle mücadele konusunda bir görevi olduğuna değinmiştik. Bu noktada anılan mücadelenin temel insan hakları belgelerinde tanınmış haklara riayet edilerek, Anayasa ve bağlayıcı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararları çerçevesinde, yani hukuka uygun bir şekilde gerçekleştirilmesi gerektiği konusunda şüphe bulunmamaktadır. Suç ve cezada kanunilik ilkesi ve ceza sorumluluğunun şahsiliği gibi ceza hukukunun temel kazanımları olan ilkelerle çatışan, bu kazanımları ortadan kaldırmaya yönelik normlar ve uygulamaların bir metot olarak kullanılması, devletin asli görevlerinden biri olan bu mücadelenin meşruluğuna da etki edebilecektir.

KAYNAKÇA

- Akbulut, İlhan:** Gerekçeli Terörle Mücadele Kanunu ve Açıklaması, Kazancı Yayınları, 1993.
- Alşahin, Mehmet Emin:** “Göreve İlişkin Sırrın Açıklanması Suçu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2014
- Arslan, Zühtü:** “Türkiye’de İstisna Hali, Terör ve İfade Özgürlüğü”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2007, sy. 71.
- Baştürk, Ömer Özden:** Milli İstihbarat Teşkilatı’na Ait Bilgi, Belge ve Kimliklere Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, 2019.
- Bayraktar, Köksal:** “Teröre Destek Suçu”, Prof.Dr.Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayını, İstanbul 2004.
- Bodur, Nurullah / Özkul, Eshat:** Uygulamada Terör Örgütü ve Terör Suçları, Seçkin Yayınevi, 2020, 5. Baskı.
- Cebre, Ayvaz:** “Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Haber Verme Hakkı”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2016, sy. 7
- Çakır, Kerim:** “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Başkasına Ait Kimlik veya Kimlik Bilgilerinin Kullanılması Suçu”, Prof.Dr.Nur Centel’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2013, c. 19, sy.2
- Demirbaş, Timur:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi 2020, 15. Baskı
- Dönmezer, Sulhi:** Basın ve Hukuku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976, 4. Baskı.
- Ekici, Meral:** Ceza Hukukunda Rıza, XII Levha Yayınları, İstanbul 2012.
- Erman, Sahir:** “Terörle Mücadele Kanunu’nun Kanun Yapma Tekniği ve Eşitlik İlkesi Açılarından İncelenmesi”, İstanbul Barosu Dergisi, 1991, sy. 4-6.
- Gökmen, Derda:** Uygulamada Terörle Mücadele Kanunu ve Devlet Sırlarına Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, 2017, 3. Baskı.
- Gülfidan, Osman Serkan:** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği İlkesi, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005/2.
- İçel, Kayıhan:** “Haberleşme Özgürlüğü”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1976, c. 41, sy. 1-2.
- İçel, Kayıhan:** Kitle İletişim Hukuku, Beta Yayınları, 2013.
- Kaymaz, Seydi:** Ceza Muhakemesi Hukukunda Devlet Sırrı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014

- Kocaoğlu, Serhat Sinan:** “*Türk Ceza Kanunu (M. 128) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Bir Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Savunma Dokunulmazlığı*”, Ankara Barosu Dergisi, 2012, sy. 4.
- Kurt, Şahin:** Uygulamada Terör Suçları ve İlgili Mevzuat, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1998
- Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 2020.
- Özek, Çetin:** Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına, Alfa Yayınları, 1999.
- Özek, Çetin:** Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1972.
- Özel, Çetin:** “*Demokratikleşme Sancısı*”, İfade Özgürlüğü Hapiste, Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yayınları, 1. Baskı, 1994.
- Özek, Çetin:** “*Terör ve Terörle Mücadele Kanunu*”, İstanbul Barosu Dergisi, 1991.
- Özen, Muharrem:** Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, U S-A Yayıncılık, 1998.
- Özen, Muharrem / Köksal, Atacan:** “*Göreve İlişkin Sırrın Açıklanması Suçu*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020
- Özgenç, İzzet:** Terörle Mücadele Kanunu, Seçkin Yayınevi, 2006.
- Özgenç, İzzet:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 2020.
- Taner, Tahir:** Ceza Hukuku Umumi Kısım, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1953, 3. Baskı.
- Tanör, Bülent:** “*Terörle Mücadele Kanunu Üzerine İlk Düşünceler*”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, c. 10, 1990, sayı: 1-2.
- Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, Murat:** Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara, 2020.
- Toroslu, Nevzat:** “*Terörle Mücadele Kanunu*”, İstanbul Barosu Dergisi, sy. 4-6
- Turinay, Faruk:** Ceza Hukukunda Terör Amaçlı Örgütlenme Suçu, Seçkin Yayıncılık, 2018, 1. Baskı.
- Turinay, Faruk:** “*Terörle Mücadele Kanunu’na Göre Mutlak ve Nispi Terör Suçları*”, İnsan&İnsan, 2019, sy. 20.
- Zafer, Hamide:** Ceza Hukukunda Terörizm, Beta Yayınları, 1998.
- Zafer, Hamide:** “*Savunma Hakkı ve Sınırları*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2013, c. 19, sy. 2.

TÜRK CEZA HUKUKU AÇISINDAN 1858 TARİHLİ OSMANLI CEZA KANUNU*

Dr. Zeki YILDIRIM**

Özet

Tanzimat devrinde yürürlüğe giren 1858 tarihli Osmanlı Ceza Kanunu batılı anlamda yapılan ilk Ceza Kanunudur. Kanun, ceza hukukunun temel ilkelerinden hukuk devleti, suçta ve cezada kanunilik ve cezaların şahsiliği ilkesi esas alınarak düzenlenmiştir. Kanunla suç genel teorisi ilk defa düzenlenmiştir. Ayrıca Kanun; Osmanlı döneminde ve Türkiye Cumhuriyeti Devletinin kuruluş döneminde 1926 yılında mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu kabul edilene kadar 68 yıl uygulanmıştır. Kanunun en önemli özelliği, bugünkü Türk Ceza Hukuku sisteminin kurum ve kavramlarına kaynaklık ve öncülük etmiş olmasıdır.

Anahtar Kelimeler: Türk Ceza Hukuku, 1858 tarihli Osmanlı Ceza Kanunu, Suçun Maddi Unsurlar, Suçlar, Cezalar.

THE PERSPECTIVE OF TURKISH CRIMINAL LAW AND OTTOMAN CRIMINAL CODE OF 1858

Abstract

Ottoman Criminal Code of 1858 is the first penal code which was prepare with the western sense of law and it was being effective date of period that in Tanzimat Reforms. The Code based on main elements of criminal law including rule of law principle, lawfulness in crime and the punishment principle, principle of individual criminal responsibility. For the first time the general theory of

* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 19/06/2021. İlk hakem raporu tarihi: 26/07/2021. İkinci hakem raporu tarihi: 30/07/2021.

** Av. Ankara Barosu, zekiyildirim53@hotmail.com, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-9149-4293.

crime was regulated with law. Furthermore, the Criminal Code was enforce in Country between in the period that collapse of Ottomans and the period establishment Republic of Turkey. And the Code was enforced to the adoption until Criminal Code of 1926 which regulate for 68 years. The most and main feature of Criminal Code has been a source and law guide for the institutions and concepts of the today's Turkish criminal system.

Keywords: Turkish Criminal Law, Ottoman Criminal Code of 1858, The Elements of Crime, Crimes, Punishment

GİRİŞ

19. yüzyılın başlarından itibaren Dünyada ve özellikle Avrupa'da değişen ve gelişen ekonomik, siyasi, sosyal, askeri ve hukuki şartlara uyum sağlamak için devleti yeniden yapılandırma ihtiyacı Osmanlı Devleti'nde bir zaruret olarak ortaya çıkmıştır. Tarihe batılılaşma hareketi olarak geçen bu değişimin temel hukuksal kaynağını ve çerçevesini oluşturan Tanzimat ve Islahat fermanları ile devletin siyasi hukuki, idari ve ekonomik düzeninde önemli reformlar yapılmıştır. Bu reformların belki de en önemlisi hukuki alanda yapılan kanunlaştırma hareketleridir.

Kanunlaştırma hareketleri, Osmanlı aydınlarının bir kısmı tarafından Türk hukuk zihniyetine tamamen yabancı kaynaklardan iktibas suretiyle yapılacak kanunların devlet ve toplum hayatını tehlikeye sokacağı düşünceleriyle eleştirilmiştir.¹ Bu eleştirilere rağmen bu dönemde yapılan kanunların bir kısmı, Mecelle ve bazı kanunlarda olduğu gibi millî ve dinî esaslara göre, bir kısmı ise batıdan iktibas veya karma bir usulle yapılmıştır.

1 Ziya Paşa ve Namık Kemal tarafından eleştirilmiştir. Namık Kemale göre fıkıh kaideleri, bin sene zarfında yavaş yavaş tedvin edilmiş olup bütün bir ümmet camiasının eseri olmak itibarıyla şark memleketlerinin örf ve âdetlerine uygun muazzam bir anane kıymetini ve teknik mükemmeliyetini ihtiva ederler ve bu cihetle memleketimizdeki Hristiyanlara bile, Fransa kanunundan daha faydalı neticeler verebilecek şekilde, fıkıh esaslarının zamanın icaplarına uygun bir şekle sokulması suretiyle tatbik edilebileceği ifade edilmiştir. BARKAN ise bu düşüncüyü Yeni Osmanlıların hukukun, kanun koyma yolu ile değil, halk ruhundan çıkan örf ve âdetlerin tedvini ve tekâmülü sureti ile tekevvün ettiğini müdafaadan ibaret bulunan noktai nazarları, itiraf etmek lâzım gelir ki, tamamen boş ve manasız olmadığını ilk hamlede yalan yanlış yapılan ilk iktibasların doğurduğu karışıklıklar dersinden de mülhem olarak ileri sürmüştür. BARKAN Ömer Lütfi; Tanzimat Tetkiklerinin Ortaya Koyduğu Bazı Meseleler, Tanzimat I, Tanzimat Yüzüncü Yıl Münasebetiyle, Maarif Matbaası, 1940, İstanbul, s. 312-313.

Osmanlı Devleti'nde İslam hukukunun “ukubat” olarak adlandırılan ceza bölümü Osmanlı ceza hukuku olarak aynen benimsenerek uygulanıyordu.² Tanzimat'la birlikte başlayan kanunlaştırma hareketleri ile özellikle ceza hukuku alanında önemli ve köklü değişiklikler yapılmış, Tanzimat'a kadar müstakil bir kodifikasyona tabi tutulmayan ceza hukuku alanı batının baskısı ile milli hukuk ve batı hukukunun karışımı olarak yeni bir anlayışla düzenlenmiştir.

Tanzimat devrinde çıkan ilk ceza kanunları sırasıyla 1840 ve 1851 tarihli Osmanlı Ceza Kanunlarıdır. Üçüncü olarak öncekilere nazaran daha laik hükümler taşıyan aynı zamanda ilk ikisine nispetle çok daha geniş ve kapsamlı bir düzenleme olan 1858 tarihli Osmanlı Ceza Kanunu(Ceza Kanunname-i Hümayunu) kabul edilerek uygulamaya konulmuştur.³ Ancak; hem kaynakları ve şer'i hükümlerle olan münasebeti, hem de uygulanışı ile ilgili üzerinde en çok tartışılan düzenlemelerden biri olmuştur.⁴ Kanun, Tanzimat döneminde kanunlaştırma faaliyetlerine yaptığı katkıdan dolayı Türk hukuk tarihi açısından önemli bir yere sahip olan Ahmet Cevdet Paşanın Türk kanunlaştırma tarihî açısından bu alandaki müdahil olduğu ilk Kanun olması, kontrol ve yazımı bizzat Ahmet Cevdet Paşa tarafından yapılmış olması bakımından da ayrıca bir öneme sahiptir.

Tanzimat ve Islahat fermanları ile getirilen temel haklarla ilgili ceza hukukunun temel ilkelerinden suçta ve cezada kanunilik, cezaların şahsiliği ve hukuk devleti ilkesinin bir neticesi olan kanun önünde eşitlik ilkeleri Kanunla yapılan düzenlemelerde temel ilkelere olarak esas alınmıştır. Suç genel teorisinin bir kısım kavram ve kurumlarını içeren Kanun aynı zamanda ceza kanunlarını da sistemsizlikten kurtarmıştır.⁵

-
- 2 TANER Tahir; Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku, Tanzimat I, Tanzimat'ın Yüzüncü Yıldönümü Münasebetiyle, Maarif Matbaası, İstanbul 1940, s.221.
 - 3 TANER Tahir; Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku, s.230. GÜMÜŞ Musa; Osmanlı Devletinde Kanunlaştırma Hareketleri, İdeoloji ve Kurumları, Tarih Okulu, İlkbahar-Yaz 2013, Sayı XIV, s. 185.
 - 4 CİN Halil/AKGÜNDÜZ Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2011,s.325.
 - 5 İÇEL Kayıhan; Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Yenilenmiş 6. Bası, Beta Yayınevi, 2021 İstanbul, s. 88.

Kanunla Osmanlı Ceza Hukuku sisteminde ilk defa suçlar, cina-
yet, cünha ve kabahat olarak üçe ayrılmış ve tanımlanmıştır. Şahıs-
lar ve kamu aleyhine işlenen suçlar ayırımı düzenlenmiştir. Kanunla
ceza hukukunda önemli müesseselerden tekerrüre ve müsadereye
ilişkin düzenlemeler ile kanunun geçmişe yönelik uygulanamayaca-
ğına ilişkin düzenlemeler yer almıştır. Ayrıca ilk defa cinayet tür-
leri, vücuda zarar verme, tehdit, iftira, sırrı ifşa ve benzeri suçlar
düzenlenmiştir. Kanunun bugünkü anlamda ceza hukukunun genel
hükümleri ilk defa düzenlenmiştir. Cumhuriyet döneminin önem-
li ceza hukukçularından TANER'in ifadesiyle Kanun "ilmî esaslara
müstenit, mütecanis hükümleri hâvi ve diğer mütemeddin memle-
ketlerde olduğu gibi asrın ceza hukuku prensiplerini câmi" yeni bir
ceza kanununa olan ihtiyaç dikkate alınarak hazırlanmıştır.⁶

Kanun, aynı zamanda bu günkü Türk Ceza Hukuku sisteminin
gelişmesinin temeli olduğu gibi,⁷ DÖNMEZER/ERMAN'a göre ise,
ülkemizin batı hukuk anlayışının intibakında bir öncülük görevi
görmüş ve yıllar sonra gerçekleşecek laik Türk hukuk devrimini ha-
zırlamıştır.⁸ İÇEL'e göre ise, ülkemize batı hukuk anlayışını getiren
Osmanlı Devletinin son ceza kanunudur.⁹

Bu çalışma ile; özellikle Osmanlı döneminde ve Türkiye Cumhu-
riyeti Devletinin kuruluş döneminde 1926 yılında mülga 765 sayılı
Türk Ceza Kanunu kabul edilene kadar 68 yıl uygulanan ve bugünkü
Türk Ceza Hukuku sisteminin kurum ve kavramlarına kaynaklık ve
öncülük etmiş olan 1858 tarihli Osmanlı Ceza Kanunname-i Hüma-
yunu olarak adlandırılan Ceza Kanununu Türk ceza hukuku açısın-
dan ele alıp incelenecektir.

I. OSMANLI CEZA HUKUKUNUN TARİHSEL SÜRECİ

A. Tanzimat Öncesi

İslâm hukukunda, Kuran ve sünnet tarafından belirlenmiş suçlar
ve cezalar dışında zamanla gelişen ihtiyaçlar karşısında kıyas ve icma

6 TANER Tahir; Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku, s.230

7 ÜÇÖK Coşkun/MUMCU Ahmet/BOZKURT Gülnihal; Türk Hukuk Tarihi, Tamamen Yenilen-
miş ve Tekrar Gözden Geçirilmiş 20. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 318.

8 DÖNMEZER Sulhi/ERMAN Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt 1, 14. Bası Der Yayın-
ları İstanbul 2016, s.166.

9 İÇEL Kayıhan; Ceza Hukuku, Genel Hükümler, s. 88.

yoluyla ihtiyaca göre boşluklar doldurulmaya çalışılmış, bir yandan devlet başkanının Kur'an ve sünnete aykırı olmamak kaydıyla kanun yapma yetkisine yer verilmiştir. Osmanlı Devletinde İslam hukukunun tatbiki esas olarak kabul edilmiş olduğundan ceza hukukunda da İslam hukukunun “ukubat” adı altında toplanan ceza hükümlerini temsil eden şer'i ceza hukuku ve yine İslam hukukunun devlet başkanına tanıdığı tazir suç ve cezalarını ihdas etme yetkisinden doğan¹⁰ örfi ceza hukuku uygulanmıştır.¹¹ Osmanlı Devleti'nde şer'i hukukun yanında örfi hukukun doğuşu, İslam hukukunun tanıdığı yasama yetkisi ve Türk devletlerinden gelen, devlet kurma ve yönetme geleneğinin yanı sıra, Osmanlı'nın siyasi, idari ve hukuki şartlarıyla yakından ilgilidir.¹²

Örfi hukuk denildiğinde terminolojide, İslam hukukunun Kur'an ve sünnete aykırı olmamak koşuluyla devlet başkanına tanıdığı geniş takdir ve düzenleme yetkisiyle ortaya konan normlar kastedilmektedir. Klasik fıkıh kitapları içinde yer alan ve geçmiş dönemlerde devletin müdahalesinden bağımsız olarak oluşan hukuka şer'i hukuk, padişahların emir ve fermanlarıyla oluşan hukuka da örfi hukuk adı verilmiştir.¹³ Kaynağını padişahın iradesinden alan bu düzenleme ve uygulamalar, diğer alanlardaki düzenlemelerle birlikte zaman içinde belli bir düzeye ulaştınca “örfi hukuk” adıyla anılmıştır.¹⁴ Başka bir ifadeyle örfi ceza hukuku; şeri hükümler denilen Kuran ve sünnete aykırı olmayan cezalandırılması gereken fiiller devlet başkanının iradesiyle veya teamül olarak kabul edilen veya cezalandırılmasının toplum düzeni açısından faydalı olduğu düşünülen eylemlerin padişah fermanı veya kanunnamelerle metinleşmiş halini ifade etmekte-

10 KAHVECİ Nuri; Ana Hatlarıyla İslam Ceza Hukuku, Ensar Neşriyat, 1.Basım, İstanbul 2019, s.132.

11 AYDIN M. Akif; Türk Hukuk Tarihi, 16. Basım, Beta Yayınları, Eylül 2019, İstanbul, s.199, AKMAN Mehmet; Osmanlı Ceza Hukuku Çalışmaları Üzerine Bir İcmal, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 5, 2005, s. 489.

12 İNALCIK Halil; Osmanlı Hukukuna Giriş, Örfi-Sultani Hukuk ve Fatih'in Kanunları, AÜSBFD, Cilt. XIII, Sayı 2, Ankara 1958, s.102.

13 HEYD Uriel; Studies in Old Ottoman Criminal Law, Oxford at The Clerandon Press, 1973, s.168. KOŞUM Adnan; Osmanlı Örfi Hukukunun İslam Hukukundaki Temelleri, SÜİHFD, Sayı 17, s146. AKGÜNDÜZ Said Nuri; Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku Uygulaması, Rağbet Yayınları, İstanbul 2017, s.38

14 AYDIN M. Akif; Ceza, Türkiye Diyanet Vakfı Ansiklopedisi, 1993, 3. Cilt, İstanbul, s. 478.

dir. Osmanlıda örfi hukuk düzenlemelerinin en çok rastlandığı alanlardan birisi de ceza hukuku alanıdır.¹⁵ Öte yandan, Osmanlıda şeri ve örfi hukuk birbiriyle çatışan değil birbirini tamamlayan bir hukuk disiplini olarak kabul edilmektedir.¹⁶ Kanunnameler Osmanlı hukukunun büyük bir bölümünü oluşturmuştur.¹⁷ Osmanlı padişahlarının daha düzenli bir yargı mekanizması oluşturmak amacıyla çıkarmış olduğu kanunnameler, kadılar dâhil olmak üzere tüm hâkimleri bağlayıcı bir niteliğe sahipti.¹⁸

Osmanlı Devletinde uygulanan ceza hukuku, esasında İslam ceza hukukudur.¹⁹ İslam ceza hukukunda suçlar üç kısma ayrılmıştır.²⁰ Birincisi, Kuran ve hadis metinlerinin miktar ve sınırını belirlediği “had” olarak adlandırılan suçlardır. Bu suçlar Allah(kamu) haklarına ve toplumun menfaatlerine dokunan suçlar olup, bu suçları işleyenlerin cezalandırılması için zarar görmüş olanın şikâyeti gerekli değildir. Resen soruşturulması gereken suçlardır.²¹ Had gerektiren bu suçlar hırsızlık, zina, yol kesmek, iffete iftira, içki içmek, dinden dönmektir. İkincisi ise “kisas” olarak adlandırılan ve şahsa karşı işlenen adam öldürme veya müessir fiil şeklinde gerçekleştirilen suçlardır ki cezası kisas veya tazminattır. Bu suçlar takibi şikâyete bağlı olan suçlardır. Üçüncü tür suçlar ise, Kur’an ve hadislerde açıkça miktar ve sınırı belirtilmemiş “tazir” olarak adlandırılan suçlardır.²² Bu suçların ceza miktar ve sınırları cezaların tayin ve tespiti devlet tarafından açıkça Kur’ana ve Peygamberin sünnetine aykırı

15 AYDIN M. Akif; Türk Hukuk Tarihi, s.199.

16 AVCI Mustafa; Osmanlı Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 2. Baskı, Mimoza Yayınevi, Konya 2014, s.10.

17 ŞENTOP Mustafa; Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, Cilt: 3., Sayı 5, İstanbul 2005, s.648.

18 HEYD Uriel; Eski Osmanlı Ceza Hukukunda Kanun ve Şeriat, Çeviren, Selahaddin Eroğlu, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sayı: 26, Ankara, 1983.

19 AYKANAT Mehmet/ AYDIN Melikşah; Osmanlı Ceza Hukukunun Kaynakları, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukuna Giriş, Mahmud Esad Seydişehir’inin Ceza Hukuku Dersleri, Editörler Mehmet Aykanat&İbrahim Ülker, On İki Levha Yayıncılık, 1.Baskı, İstanbul, Kasım 2020, s.1 vd.

20 KAHVECİ Nuri; Ana Hatlarıyla İslam Ceza Hukuku, s.80.

21 ÜÇÖK Coşkun; Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler, s.129. AYDIN M. Akif; Türk Hukuk Tarihi, s.157.

22 AKGÜNDÜZ Ahmed; 1274/1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunnamesinin Hukuki Kaynakları, Tatbik Şekli ve Meni İrtikâp Kanunnamesi, Belleten, Yıl: 1987, Sayı: 199.LI, s.154. AYDIN M. Akif; Türk Hukuk Tarihi, s.155.

olmayacak şekilde sınırlı bir şekilde kanun koyucu olan devlet başkanı, bazen de onun vereceği yetki ile hâkim tarafından belirlenmektedir.²³

Taziri gerektiren suçlar ve cezalar, Osmanlıda padişahlar tarafından çıkarılan ve kanunname olarak adlandırılan düzenlemelerle belirlenmiş, zamana göre yapılan düzenlemelerle ihtiyaçlar giderilmeye çalışılmıştır. Taziri gerektiren suçlar devlet başkanına tanınan sınırlı cezalandırma yetkisi kapsamında kanunnamelerle ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerle açıkça belirlenmiştir.²⁴ Osmanlı Hukuku'nda tazir suçları genellikle takdire bırakılmayıp kanunnamelerde düzenlenmiştir.²⁵ Bu durum ceza hukuku alanında olası keyfilikleri önlemesi ve kanunilik ilkesinin sağlanması²⁶ ve hâkim olması açısından önemlidir.²⁷ Osmanlı hukuk tarih boyunca en azından Tanzimat dönemine kadar İslam hukuku kuralları fıkıh kitaplarından öğrenilmiş ve uygulanmıştır.²⁸

Osmanlı ceza hukukunu, devletin ihtiyaçlarına hizmet eden bir alan olduğu düşüncesi ile tazir suç ve cezalarında, İslam hukukunun devlet başkanına tanıdığı yetki çerçevesinde bu alan ihtiyaca göre kanunnamelerle düzenlenmiştir. Osmanlıda var olan kanunname çıkarma geleneği Tanzimat'la birlikte batılı anlamda kanun çıkarmaya evrilmiş bir geleneğin devamı olduğunu söylenebilir. Kanunname adı verilen bu hukuk sistemi, Osmanlı sultanlarının başlarından birisini teşkil ettiği söylenebilir.²⁹

23 AYDIN M. Akif, Türk Hukuk Tarihi, s.155.

24 AKGÜNDÜZ Ahmed; Kanunnamelerdeki Ceza Hukuku Hükümleri ve Şer'i Tahlili, İslami Araştırmalar Dergisi, Cilt12, Sayı1, 1999, s.1. ŞENTOP Mustafa; Tanzimat Dönemi Kanunlaş-tırma Faaliyetleri Literatürü, s. 652.

25 AYDIN M. Akif; Türk Hukuk Tarihi, s.199. GAYRETLİ Mehmet; 1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanununun Kaynağı Üzerindeki Tartışmalar ve Bu Kanuna ait Bir Taslak Metnin Bir Kısmıyla İlgili Değerlendirmeler. Kaynak; <http://www.e-akademi.org/makaleler/mgayretli-2.pdf>, (Erişim Tarihi; 01/05/2020).

26 AYKANAT Mehmet/ AYDIN Melikşah; Osmanlı Ceza Hukukunun Kaynakları, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukuna Giriş, s.11.

27 YAKUT Esra; Tanzimat Dönemine Kadar Osmanlı Hukukunda Taziri Gerektiren Suçlar ve Cezaları, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, Sayı 2, 2006 (Güz), s.35.

28 AYDIN M.Akif; Kanunnameler ve Osmanlı Hukukun İşleyişindeki Yeri, Osmanlı Devletinde Hukuk ve Adalet, Klasik Yayınları, 2. Baskı, Ocak 2017. s.78

29 HEYD Uriel; Osmanlı Ceza Hukukunda Kanun ve Şeriat, Çeviren; Selahaddin Eroğlu, AÜ-HFD, XXVI, 1983, s.651.

B. Tanzimat Sonrası

1. Ceza Hukuku Alanındaki Kanunlaştırma Hareketleri

Batıda 19. Yüzyılın başlarından itibaren başlayan kanunlaştırma hareketi, özellikle Fransa'da Napolyon'un hukuki ve idari alanlardaki ıslahat düşüncesi, Hukuk Yargılaması Kanunu, Ceza Yargılaması Kanunu, Ticaret ve Ceza Kanunu gibi modern anlamdaki kanunların kodifikasyonu ile diğer Avrupa ülkelerine ve Osmanlıya da Tanzimat ve Islahat Fermanlarının etkisi ile de olsa sirayet etmiştir. Gelişen rasyonalizm anlayışı ve tabii hukuk hareketleri, can ve mal emniyetinin sağlanması, hiçbir ayırım gözetmeksizin bütün insanların kanun önünde eşit olduğu ve adalet ilkelerinin etkisi ile Osmanlı Devleti'nde kanunlaştırma hareketleri bu anlayış doğrultusunda başlamıştır.³⁰

Tanzimat'la birlikte başlayan kanunlaştırma hareketleri ile özellikle ceza hukuku alanında da önemli ve köklü değişiklikler yapılmış, Tanzimat'a kadar müstakil bir kodifikasyona tabi tutulmayan ceza hukuku alanı yeni bir anlayışla düzenlenmiştir. Bu amaçla Tanzimat devrinde yapılan ilk düzenlemeler ceza hukuku alanında olmuştur, İslam Hukukunun cezaya ilişkin hükümleri ilk defa batılı anlamda kanun yapma tekniği ile kodifike edilmiştir. Bu alanda sırasıyla yerli tedvin usulüyle ve İslam ceza hukuku hükümleri ile uyumlu olarak 1840 ve 1851 tarihli Osmanlı Ceza Kanunları hazırlanmış padişahın iradesi ile yürürlüğe girmiştir. Bundan kısa bir süre sonra ise, ilk ikisine nispetle çok daha geniş ve kapsamlı, Fransız Ceza Kanunu örnek ve temel alınarak ve karma bir usulle hazırlanan 1858 tarihli Osmanlı Ceza Kanunu yürürlüğe girmiştir.

2. 1840 Tarihli Ceza Kanunu

1840 tarihli Ceza Kanunu, Yerli tedvin usulünde yapılmış ilk ve önemli düzenlemedir.³¹ Daha ziyade memurlara yönelik bir düzenleme olduğu anlaşılmaktadır. Bu Kanun, esas itibarıyla İslâm hukukuna uyumlu olsa da İslâm hukukunda bulunmayan birçok yenilikleri

30 GÜMÜŞ Musa; Osmanlı Devletinde Kanunlaştırma Hareketleri, İdeolojisi ve Kurumları, Tarih Okulu, İlkbahar-Yaz 2013, Sayı XIV. S.164.

31 ŞENTOP Mustafa; Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku, Birinci Baskı, İstanbul, 2004, s.29.

de içine almıştır. Tanzimat Fermanının ilanından kısa bir süre sonra Fermenda vurgulanan ceza hukukunun temel ilkelerinden olan “kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi” çerçevesinde Müslim, gayri Müslim farkı olmadan tüm Osmanlı tebaasını ilgilendiren ve şeri hükümlere aykırı olmayan bir düzenlemedir.³² Bu kanun yetersizlikleri nedeniyle eleştirilmiştir.³³ Kanunda Fransız İhtilâli ile birlikte yerleşen insan hakları kavramının en önemlilerinden olan eşitlik ilkesine vurgu yapıyor olması Kanunu ayrıca önemli bir yönüdür.³⁴

Kanun, o tarihe kadar Osmanlı ceza hukukunda yer alan şer’i ve örfi kuralları birleştirmiş olması ve uygulama kolaylığının yanı sıra Osmanlı ceza hukukunun gelişimi bakımından da ayrıca önemlidir. Kanunda Fransız İhtilâli ile birlikte yerleşen insan hakları kavramının en önemlilerinden olan eşitlik ilkesi, herkesin kanun önünde eşit olduğu belirtilerek açıkça vurgulanmıştır. Ayrıca Kanunun bir ceza kanunu olmak yanında aynı zamanda Tanzimat Fermanı’nda öngörülen temel hak ve özgürlükleri teyit edip ilkel de olsa sınırlarını belirleyen, hak arama özgürlüğü bağlamında dilekçe hakkını getiren bu anlamda yenilik yapan bir belge olduğu söylenebilir.

Kanun suç genel teorisine ilişkin bir düzenlemeye yer vermemiş, suçları tasnife tabi tutarak, kanuna muhalefet, padişah ve devlete karşı işlenen suçlar, isyan, müessir fiil, sövme, hakaret, rüşvet, silah gösterme, yol kesme gibi gruplara ayırarak, ölüm cezasını gerektiren suçları sınırlandırmakta ve padişahın onayına bağlamaktadır.³⁵ Ayrıca memurların işleyebileceği suçları ve bunlara verilecek cezaları ve yeni bazı suçları cezalarıyla birlikte saymaktadır. Had cezaları, bilindiği ve kadılar tarafından uygulanageldiği için haddi gerektiren cezalara Kanunda yer verilmeyip tazir cezaları düzenlenmiş ve bu cezalar da katil, kürek, hapis, sürgün, tekdir ve memuriyetten çıkarma cezaları olarak belirlenmiştir.

32 ÜÇÖK Coşkun; Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler, s.125.

33 BOZKURT Gülnihâl; Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi, Osmanlı Devletinden Türkiye Cumhuriyetine Resepsiyon Süreci 1839-1939, 2. Baskı, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 2010, s.99. AKGÜNDÜZ Said Nuri; Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku Uygulaması, s.80.

34 CANDAN Rabia Beyza; 1840 Tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu İncelemesi, AndHD, 2015, C.1, S.1 s. 79.

35 GÖKCEN Ahmet; Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Cezai Müeyyideler, İstanbul 1989, s. 23 vd.

Bu kanun, gerek hazırlanış tekniği, gerek şekli ve gerekse ortaya koyduğu hükümleri dolayısıyla cezalandırılması gerekli tüm fiillerin Kanunda yer alması, her suça sabit bir tek cezanın belirlenmesi, somut olaya göre hâkime ceza tayin etmede takdir hakkının tanınmadığı gerekçeleriyle eleştirilmiştir. Bu eksiklikleri tamamlamak için yapılan düzenlemelerde de bu eksiklikleri tamamen giderememiştir. 11 yıl yürürlükte kaldıktan sonra eksiklikleri ve ihtiyaçları karşılamadığı anlaşıldığından 1851 tarihli Ceza Kanununun yürürlüğe girmesiyle yürürlükten kalkmıştır.

1840 tarihli Ceza Kanunu, içinde belli eksikler barındırsa da, Tanzimat Fermanı'nın öngördüğü toplum sisteminin yerleşmesini sağlamak amacıyla bütün Osmanlı toplumunu tek bir hukuk sistemine tabi kılacak bir hukuk anlayışıyla, mevcut hukuk kurallarını çağdaş bir yapıda sistemleştirmek amacıyla yürürlüğe konulmuştur. Bu kanun Tanzimat Fermanı'nın ideolojisini taşıyan ilk denemelerden biri olması ve daha sonraki kanunlaştırma hareketlerine öncülük etmesi dolayısıyla önemli olmakla birlikte Osmanlı kanunname geleneğine daha yakın, biraz acele hazırlanmış ve sistematik olarak başarısız bir Kanun olduğunu belirtmek gerekir.

3. 1851 Tarihli Ceza Kanunu

1851 Tarihli Ceza Kanunu, 1840 tarihli Kanunun eksikliklerini gidermek amacıyla hazırlanmıştır. Kanunun İslam ceza hukukuna dayanması, kanun tekniği ve yazılış tarzı bakımından 1840 tarihli Ceza Kanununa benzemekle birlikte bazı maddeleri aynen alınmış, daha geniş ölçüde şeri hükümlere yer verilmiş, bir kısım yeni suç türleri ilave edilmiştir.³⁶ Kanuna modern ceza hukuku bakımından getirilen en önemli eleştiri, suç işleyene şeri cezaya ilaveten kanunda tespit edilen cezanın ayrıca uygulanması olmuştur.³⁷ Bu durum ceza hukukunun temel ilkelerinden olan aynı fiilden dolayı faile tek ceza verilmesi (Ne bis in idem) ilkesine aykırılık oluşturmaktaydı. Bu Kanun da, ihtiyaçlara ve beklentilere cevap verememiştir.³⁸ Is-

36 TANER Tahir; Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku, s. 230. GÖKCEN Ahmet; Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Cezai Müeyyideler, s.19.

37 BOZKURT Gülnihâl; Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, s.100.

38 AKGÜNDÜZ Said Nuri; Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku Uygulaması, s.82, GÜMÜŞ

lahat Fermanından sonra ortaya çıkan yeni bir ceza kanunu ihtiyacı neticesinde önceki kanunların eksikliklerini ve mevcut ihtiyaçları karşılayabilmek amacıyla 1858 Tarihli Ceza Kanunu hazırlanmış ve yürürlüğe girmiştir.

II. 1858 TARİHLİ CEZA KANUNU

A. 1858 tarihli Ceza Kanunu ve Ahmet Cevdet Paşa

Tanzimat döneminin en önemli ceza kanunu, 1274 (1858) tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu³⁹ olarak adlandırılan 1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunudur. Bu kanun aynı zamanda çeşitli tarihlerde ve özellikle 1911 ve 1914 yıllarında önemli değişikliklere uğramakla⁴⁰ birlikte Osmanlı Devleti'nin sonuna ve Türkiye Cumhuriyetinin kurulmasından sonra 765 sayılı Türk Ceza Kanunu 1926 yılında kabul edilene kadar yürürlükte kalmış modern ve batılı anlamda ilk ceza kanunumuz olarak kabul edilmektedir.

Tanzimat dönemi kanunlaştırma hareketlerini anlayabilmek için öncelikle bu döneme ve özellikle kanunlaştırma hareketlerine damgasını vurmuş ve Türk hukuk tarihi açısından haklı bir üne ve öneme sahip olan Ahmet Cevdet Paşayı, hukukçuluğunu, ilim ve fikir adamlığını anlamak gerekmektedir. Bitmeyen bir azim ve çalışma arzusu, Ahmet Cevdet Paşanın 23 yaşında İstanbul müderrisliği unvanını, okuyup yazabilecek seviyede Arapça ve Farsça, anlayabilecek ölçüde Fransızca ve Bulgarca öğrenmesine ve büyük bir ilim ve fikir adamı olarak yetişmesinde özel gayretlerinin önemli ölçüde etkisi olduğunu göstermektedir. Sırasıyla kadılık, valilik, kazaskerlik, Divan-ı Ahkâm-ı Adliye Başkanlığı, Adliye Nazırlığı, Maarif Nazırlığı, Dahiliye Nazırlığı, Başta Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye Cemiyeti Başkanlığı ve diğer kanun komisyonlarında başkanlıklar⁴¹ ve ortaya koyduğu eserlerle tarihçi, edebiyatçı ve dilci, sosyolog, hukukçu ve kanun-

Musa; Osmanlı Devletinde Kanunlaştırma Hareketleri, İdeolojisi ve Kurumları, s. 171, ŞENTOP Mustafa; Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku, s.33-34.

39 Kanunun tam metni için bkz. AKGÜNDÜZ Ahmed; İslam ve Osmanlı Hukuk Külliyyatı, Kamu Hukuku, Birinci Cild, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2011, s.621 vd.

40 ŞENTOP Mustafa; Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku, s.37.

41 HALAÇOĞLU Yusuf/AYDIN M.Akif; Türkiye Diyanet Vakfı Ansiklopedisi, Cevdet Paşa Maddesi, s. 444.

cu, eğitimci, diplomat, devlet ve fikir adamı⁴² olarak devrinin renkli, entelektüel ve çok yönlü ilim, fikir ve devlet adamı olduğunu bariz bir şekilde gösterdiği gibi, Osmanlının değişim ve dönüşümünün sancılı dönemi olan Tanzimat'ın en önemli ve renkli kişiliklerinden biri olduğunu da göstermektedir.

Bernard LEWIS, Ahmet Cevdet Paşanın Tanzimat döneminin başta Mecelle olmak üzere önemli hukukî düzenlemelerinde etkin rol alan bir hukuk adamı olması ve bu dönemde hazırlanan kanunların ve kurulan müesseselerin önemli bir kısmının onun imzasını taşıması sebebiyle “dâhi hukuk adamı” olduğunu söylemiştir.⁴³ Öte yandan onun, hukuki meselelerde batıyı taklit ederken şer’i prensiplere bağlı kalmayı şiar edindiği ve aynı zamanda kuvvetli fıkıh bilgisine sahip olduğu, kanun ve nizamname kaleme almada tecrübe ve yeteneği de⁴⁴ dikkate alındığında ilim, fikir ve devlet adamı olarak Ahmet Cevdet Paşanın tarihimizde mümtaz bir yere sahip olduğu, hatta biraz daha mübalağa edilerek 19. Asır Osmanlı ve İslam dünyasının en büyük mütefekkeri ve en kapsamlı âlimi olduğunu da söyleyenler olmuştur.⁴⁵

Kanun, Tanzimat döneminde kanunlaştırma faaliyetlerine yaptığı katkıdan dolayı Türk hukuk tarihi açısından önemli bir yere sahip

42 GÜNDÜZ Mustafa; Eğitimci Yönüyle Ahmet Cevdet Paşa, Doğu Batı Yayınları, 2. Basım Mart 2015, s.39.

43 LEWIS Bernard; Modern Türkiye'nin Doğuşu, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 10. Baskı, Ankara 2007, s. 122.

44 ŞİMŞİRGİL Ahmet/ EKİNCİ Ekrem Buğra; Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelleden Düsturlar, IQ Kültür Sanat Yayıncılık, Gözden geçirilmiş 8. Baskı, İstanbul 2018, s.62.

45 EKİNCİ Ekrem Buğra; Ahmet Cevdet Paşanın Hukukçu Veçhesi, Tanzimat'tan Günümüze Türk Düşüncesi, Cilt 1, Tanzimat'tan Cumhuriyete Siyasi, İdari ve Sosyal Düşünce Temsilcileri, Nobel Kitap, 1. Basım Ekim 2015. S, 147. Niyazi BERKES'e göre Ahmet Cevdet Paşa, Tanzimat döneminin belki en büyük devlet adamı olduğu kadar rejimin de gerçek sembolüdür. İslam bilimlerini ve bu arada fıkıh bir teknisyen olarak değil, onu kavramış, özünü ve kapsamını bilen, çağdaşlaşma tarihinin yürüyüşünü de anlamış olan bu açık düşünlü adam, bizim bu günkü bakış açımıza göre şeriatçilere kıyasla ilerici, sınırsız batılılaşma yanlılarına kıyasla gelenekçi olarak gözüktür. BERKES Niyazi; Türkiye'de Çağdaşlaşma, Yapı Kredi Yayınları, 27. Baskı İstanbul, Ekim 218, s. 224. Ebul Ula MARDİN'e göre ise; Ahmet Cevdet Paşa hukuk ilmi adamı, bir fıkıh mütehassısı olmaktan ziyade yurtda hukuk ilminin gelişmesine büyük ölçüde çalışan, yürürlükteki hükümleri kanun haline çeviren, bizde kanunlaştırma usulünü yayan, Düsturları vücuda getiren, tarihi incelemelere ilmi istikamet veren, dilimizi zapt-ü rapt altına alarak sadeleştiren, memlekette Kuran'ın basımına ait gürültülü meseleyi çözen, maliyemizin kullandığı yanlış takvim usulüne karşı ilk ilmi mücadeleyi açan, devrinde cumhurun güç ve karışık işlerini idarede müstesna reviyeti görülen değerli bir Türk bilgini ve pek mümtaz bir devlet ve siyaset adamıdır. MARDİN Ebulula; Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 1996, s.7.

olan Ahmet Cevdet Paşanın Türk kanunlaştırma tarihî açısından bu alandaki müdahil olduğu ilk kanun olması, kontrol ve yazımı bizzat Ahmet Cevdet Paşa tarafından yapılmış olması bakımından da ayrıca bir öneme sahiptir. Kanun, Ahmet Cevdet Paşanın önce üye olduğu sonrasında ise başkanlığında, sekiz kişilik bir komisyon tarafından hazırlanmıştır.⁴⁶

B. 1858 Tarihli Ceza Kanunu ve 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu

Tanzimat dönemindeki kanunlaştırma hareketlerinde genel olarak Ali Paşanın yabancı kanunları özellikle Fransız kanunlarını aynen iktibas düşüncesine “başka bir milletin kavanini esasiyesini böyle kalb ve tahvil etmek ol milleti imha hükmünde olacağından” Ahmet Cevdet Paşanın karşı çıktığı bilinmektedir.⁴⁷ 1858 tarihli Ceza Kanununun yapılış tarzı hakkında farklı görüşler ileri sürülse de⁴⁸ hâkim olan görüşe göre 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu esas alınarak hazırlanmış olmakla birlikte aynen tercüme edilip alınan bir Kanun değildir.⁴⁹ MİLLER hem Fransız hem de Osmanlı Kanununun kabaca aynı ana hatları paylaştığı, ancak Osmanlı Ceza Kanunun 264 madde olduğunu, Fransız Ceza Kanunun ise 484 madde olduğunu ve yarısına tekabül ettiğini, Fransız kanununda olmayıp Osmanlı kanununda tamamen

46 AKGÜNDÜZ Ahmed; 1274/1858 tarihli Osmanlı Ceza Kanunnamesinin Hukuki Kaynakları, Tatbik Şekli ve Men-i İrtikab Kanunnamesi, s.158.

47 Ahmet Cevdet Paşa; Tezâkir, 1-12, Türk Tarih Kurumu, 3. Baskı, Ankara 1991, s.63.

48 Bkz. Farklı görüşler için bkz. MILLER Ruth A; Fıkıhtan Faşizme Osmanlıdan Cumhuriyete Günah ve Suç, Ekin Yayınları, 2018, s. 107 vd. ŞENTOP Mustafa; Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku, s.89 vd. ÖNDER Ayhan; Ceza Hukuku Dersleri Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s.37. CENTEL Nur/ZAFER Hamide/ÇAKMUT Özlem Yenerer; Türk Ceza Hukukuna Giriş, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş Onbirinci Bası, Beta Yayınevi, 2020, İstanbul, s.34. ÇİMEN Ayşegül; Ottoman Criminal Code in The Nineteenth Century; Crime and Punishment, 1858 Criminal Code and Legal Formalism. Osmanlıda Fıkıh ve Hukuk, Sakarya Üniversitesi Osmanlı Araştırmaları Merkezi, Mahya Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2017, s.187 vd. ÜÇÖK Coşkun/MUMCU Ahmet/BOZKURT Gülnihal; s.318. ÖNER Senem; Çeviri Yoluyla Kanun Yapmak; 1858 Osmanlı Ceza Kanununun 1810 Tarihli Fransız Ceza Kanunundan Çevrilmesi, Yıldız Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Batı Dilleri ve Edebiyatları Anabilimsel Diller ve Kültürlerarası Çeviribilim Doktora Programı, Doktora Tezi İstanbul 2013.GÖKCEN Ahmet; Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Cezai Müeyyideler, İstanbul 1989, s.26. AKGÜNDÜZ Said Nuri; Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku Uygulaması, s.83, AYKANAT Mehmet/ AYDIN Melikşah; Osmanlı Ceza Hukukunun Kaynakları, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukuna Giriş, s.18.

49 VELDET Hıfzı; Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat, Tanzimat'ın Yüzüncü Yıldönümü Münasebetiyle, Maarif Matbaası, İstanbul 1940, s.62. AYDIN M. Akif; Türk Hukuk Tarihi, s.428.

bağımsız şekilde memurların işlediği suçların düzenlendiğini, ayrıca Osmanlı Ceza Kanunundaki “katl” bölümündeki yirmi dört maddeden sadece beşinin Fransız kanunundan alındığını bu durumun İslam hukukunun bu suçlar bakımından Kanun üzerindeki rolünden kaynaklandığını belirtmektedir.⁵⁰ Kanunun hazırlık çalışmaları sırasında başta Fransız Ceza Kanunu ve diğer ülkelerin ceza kanunlarından istifade edilmiş, ancak nihai metin, Osmanlıda uygulanan İslam ceza hukuku sistemine uyarlanarak ve eklemeler yapılarak karma usulle hazırlanmış olduğu anlaşılmaktadır. Ahmet Cevdet Paşa açıkça ülke isimi vermemekle birlikte Kanun hazırlanırken batı ülkelerindeki bazı kanunlardan istifade edildiğini ifade etmiştir.⁵¹ Bu sebeple aynı dönemlerde bu Kanundan önce Avrupa’da kabul edilen ve yeni sayılabilecek Prusya, Avusturya, İspanya, Rusya, Norveç, Sicilya, Sardunya veya başkaca bir ülke ceza kanunundan yararlanılmış olma ihtimali söz konusudur. En azından bu ülkelerin kanunlarının bir kısmının gözden geçirildiği söylenebilir. Kanunun sistematigi, müesseseleri ve tercümesinden Fransız Ceza Kanununun önemli ölçüde esas alındığı anlaşılmaktadır. Kanun taslağı ve müsveddesi ile nihai metin arasında büyük farklar bulunduğu gerçeğinden hareketle metnin son halinin ne tercüme ne de iktibas olarak nitelendirilemeyecek düzeyde ilk metinden farklılaştığı söylenebilir. Kanunun İslam ceza hukuku bakımından gözden geçirildiği ve şer-i hükümlere uygunluğu da dikkate alınarak, metin yazımı, düzeltme ve gözden geçirmeler ile Taslak nihai metne bizzat Ahmet Cevdet Paşa tarafından son şekli verilmiştir.⁵² Bu konudaki tartışmaların temelinde batılılaşmanın etkisiyle başlayan kanunlaştırma hareketinin metne şekil ve içerik bakımından görülen etkisi yatmaktadır. Sonuç olarak Kanunun sistematigi ve kanun yapım tekniği dikkate alındığında batılı anlamda kodifikasyona tabi tutulmuş bir kanun olduğunu açıkça söyleyebiliriz.

C. Kanun Komisyonu

Kanun, 1854 tarihinde kurulan ve 1861’de Divanı Ahkâmı Adliye kurulana kadar Osmanlı Devletinde Tanzimat yasalarını, tüzüklerini

50 MILLER Ruth A; Fıkıhtan Faşizme -Osmanlıdan Cumhuriyete Günah ve Suç, s. 109.

51 Ahmet Cevdet Paşa; Tezâkir, 1-12, Türk Tarih Kurumu, 3. Baskı, Ankara 1991, s.63.

52 CİN Halil/AKGÜNDÜZ Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, s.327.

ve ıslahat uygulamalarını hazırlamakla görevli Meclis-i Âlî-i Tanzimat tarafından hazırlanmıştır. 1858 Tarihli Ceza Kanunname-i Hümayun (28 Zilhicce 1274) Taslağı bu Komisyon tarafından hazırlanan ve sadaret makamına sunulan ilk önemli kanun olma özelliğini de taşımaktadır.⁵³ Komisyona sonradan katılmış olmasına rağmen, Komisyon mazbatasının Osmanlı arşivinde bulunan orijinal metnine⁵⁴ göre taslak metnin altında ilk imza sahibinin Ahmet Cevdet Paşanın olması bize fiilen Komisyon başkanı olduğu kanaatimizi pekiştirmektedir. Kanun, Ahmet Cevdet Paşa, Muhammed Rüşdü, Ahmet Celal, Şevket, Seyyid Mustafa Hıfzı, Mahmut Paşa, İbrahim Edhem, Muhammed Beylerden oluşan sekiz kişilik bir komisyon tarafından hazırlanmıştır.

D. Kanunun Kaynakları ve Komisyon Raporu

Kanunun karma usulle hazırlanmış bir Kanun olduğu anlaşılmaktadır. Komisyonun, hazırlık çalışmaları sırasında 1855 tarihli Men-i İrtikâp Kanunnamesi, 1840 ve 1851 tarihli Ceza Kanunları, şeyhülislamlığın teklif ettiği ilave maddeler ve diğer kaynaklardan yararlandıkları anlaşılmaktadır. Komisyon mazbatasından da anlaşıldığı üzere 1855 tarihli Men-i İrtikap Kanunnamesindeki bazı maddelerin yeniden gözden geçirilip 30 madde aynen alınarak Kanuna monte edilmiştir. Rüşvet ve zimmet suçlarına ilişkin düzenlemeleri içeren bu maddeler, batılı kanunların sistematığı ve muhtevasına uyularak düzenlenmiştir.⁵⁵

Kanun hazırlanırken yararlanılan diğer kaynakların başta Fransız Ceza Kanunu ve diğer ülkelerin ceza kanunlarından istifade edildiği hususu Ahmet Cevdet Paşa tarafından ülke ismi verilmemekle birlikte Kanun hazırlanırken batı ülkelerindeki kanunlardan istifade edilmiş olduğu hususu açıkça belirtilmiştir.⁵⁶ Ancak aynı dönemde bu Kanundan önce Avrupa'da kabul edilen ve yeni sayılabilecek Prusya, Avusturya, İspanya, Rusya, Norveç, Sicilya, Sardunya veya başka-

53 AYDIN M. Akif; Türk Hukuk Tarihi, s.428.

54 Mazbata için bkz. AKGÜNDÜZ Ahmed; 1274/1858 tarihli Osmanlı Ceza Kanunnamesinin Hukuki Kaynakları, Tatbik Şekli ve Men-i İrtikâp Kanunnamesi, s.157.

55 AKGÜNDÜZ Ahmed; 1274/1858 tarihli Osmanlı Ceza Kanunnamesinin Hukuki Kaynakları, Tatbik Şekli ve Men-i İrtikâp Kanunnamesi, s.158-162.

56 Ahmet Cevdet Paşa; Tezâkir, 1-12, Türk Tarih Kurumu, 3. Baskı, Ankara 1991, s.63.

ca bir ülke ceza kanundan yararlanıldığı konusunda açıkça ülke ismi verilmemiştir. Ancak Paşanın bu ifadesinden diğer ülkelerin kanunlarının en azından bir kısmının gözden geçirildiği muhtemeldir.⁵⁷

Komisyon Raporundan, Kanunun ana kaynağının 1855 tarihli Men-i İrtikap Kanunnamesi olması ve üç yıl önce yürürlüğe giren bu Kanunun gerekçesi yayınlandığından ayrıca diğer ana kaynakların 1840 ve 1851 tarihli Ceza Kanunları olduğundan bu Kanun için ayrıca bir genel gerekçe yazılmamış olduğu anlaşılmaktadır. 1855 tarihli Men-i İrtikâp Kanunnamesinin gerekçesinde ileride memurlar ve tüm herkesi kapsayan genel bir ceza kanunun daha faydalı olacağı belirtilmiş ve 1858 tarihli Ceza Kanununun hazırlanacağı haberi de önceden verilmiştir.

E. Kanunun Sistematiği

Kanun, bir mukaddime, üç bab, otuz iki fasıl ve 264 maddeden oluşmaktadır. İçerik olarak, Mukaddimesinde umumî hükümler, suçların taksimi, cezaların türleri, Birinci Babda ammeye karşı işlenen suçlar, İkinci Bab da şahıslar aleyhinde işlenen suçlar ve Üçüncü Babda ise kabahatler düzenlenmiştir.⁵⁸

Kanun, önceki kanunnamelere nispetle çok geniş ve kapsamlıdır. Kanunda, adam öldürme suçlarının İslâm hukukunda olduğu gibi şahıs haklarına yönelik olduğu göz önüne alınarak maktulün mirasçısı varsa onların talebi üzerine davanın kısas veya diyete hükmedilmek üzere şer'îye mahkemesinde görülmesi, mirasçıların affetmeleri durumunda kanun gereği cezalandırılma esası kabul edilmiştir. Bu düzenleme şekli, bazı hukukçular tarafından kanunda ikilik yarattığı ve bütünlüğü bozduğu gerekçesiyle eleştirilmiş ise de⁵⁹ bu tür değerlendirmeler batı hukuk anlayışının etkisi altında kalmanın bir sonucudur. İslâm hukukunda esasen adam öldürme ve müessir fiiller şahıs haklarına yönelik suçlardır. Bu suçlarda şahıslara ait cezalandırma ve af yetkisi, devletin cezalandırma ve af yetkisinin önüne

57 CİN Halil/AKGÜNDÜZ Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, s.327.

58 AKGÜNDÜZ Ahmet; 1274/1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunnamesinin Hukuki Kaynakları, Tatbik Şekli ve Men-i İrtikap Kanunnamesi, s.156-157. GÖKCEN Ahmet; Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Cezai Müeyyideler, İstanbul 1989, s.26.

59 TANER Tahir; Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku, s. 231.

geçmektedir. Bu sebeple Kanunda adı geçen suçlarda mirasçılarının cezalandırma ve af yetkisine öncelik tanınması ve af durumunda devletin cezalandırma yetkisinin devreye girmesi, Tanzimat sonrasında batı hukuku ve İslâm hukuku ikiliğinin değil İslâm hukukunun batı hukukundan farklı bir düzenleme biçiminin sonucudur.⁶⁰

F. Kanuna Yöneltilen Eleştiriler

Öncekilerine nazaran daha laik hükümler taşıdığı belirtilen Kanun, hem kaynakları ve şer'i hükümlerle olan münasebeti, hem de uygulaması ile ilgili olarak üzerinde en çok tartışılan düzenlemelerden biri olmuştur. Bazılarına göre batı ve özellikle Fransız Ceza Kanununun kötü bir tercümesi, bazılarına göre, nerede nasıl uygulanacağı bilinmeyen bir Kanun, bazılarına göre de, Tanzimat döneminin kozmopolit yapısına uygun bir anlayışın ürünüdür. Kanun ayrıca, 1840 ve 1851 tarihli Ceza Kanunlarına göre batı hukuku esas alınarak hazırlandığı, laik bir Kanun olduğu, şer'i hükümlere açıkça aykırı düzenlemeler içerdiği,⁶¹ hukuk sisteminde düalizme yol açtığı gerekçeleriyle eleştirilere konu olmuştur.

KANTAR, Kanunun uygulaması ile ilgili olarak, “bir ülke dâhilinde aynı şahsa esasları birbirinden tamamen ayrı hatta birbirine zıt İslam ceza hukuku ve ile Fransız hukukunu tatbik etmenin ne kadar mantıksız ve tehlikeli olduğunu açıklamaya gerek yoktur” diyerek ceza hukuku konusunda Osmanlı toplumuna uygulanan düalizmi ağır bir biçimde eleştirmiştir.⁶²

Öte yandan bunun aksini savunanlar da olmuştur. Batı hukuku ve İslam hukuku gibi farklı iki hukuk sistemini kaynaştırmaya çalışmasının çelişkili ve uygulanamaz gibi görünse de söz konusu iki sistemin uygulamada istikrarlı bir hukuk ortamı yarattığını ve Kanun ile ortaya çıkan ikili yargılama sisteminin kamu ve şahıs korunmasına ilişkin köklü çatışmayı ortadan kaldırdığını ileri sürenler de olmuştur.⁶³ Bir

60 AYDIN Mehmet Akif; İslam Ansiklopedisi, Türkiye Diyanet Vakfı, Cilt: 07; s.482.

61 EL EŞKAR Ömer Süleyman; Eşşeriatül İlahiyyetil Kavaninil Cahiliyye, 1983, s83-84'ten Aktaran AKGÜNDÜZ Ahmet; 1274/1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunnamesinin Hukuki Kaynakları, Tatbik Şekli ve Men'-i İrtikap Kanunnâmesi, s.156.

62 KANTAR Baha; Ceza Hukuku, 1937 Ankara. s.139.

63 YILMAZ Yasin; Son Dönem Osmanlı Hukuk Düşüncesi, Batıcı Perspektiften Bir İnşa Denemesi, Birinci Baskı 2018, s.205.

başka görüşte ise, Kanunun İslam hukukunun cezalandırma yetkisinin hükümdara bıraktığı tazir cezalarına ilişkin alanı düzenlediği, böylece Kanunun İslam hukukunu sınırlandırsa da kendisine onunla meşruiyet sağlamayı başardığı da iddia edilmiştir.⁶⁴

Kanun hazırlanırken, içerdiği eşitlik ilkesi ve kaleme alınış biçiminden, batının ceza hukuku kavramlarından ve kanun koyma tekniğinden yararlanılarak belli alanlarda kısmen laik hükümlerden istifade edildiği anlaşılmaktadır. Kanunun bu özelliği, ona karma yolla vücuda getirilmiş bir kanun hüviyeti kazandırmıştır. Ancak Kanunun, Komisyon başkanlığını Ahmet Cevdet Paşa'nın yaptığı bir heyetin elinden çıkmış olma özelliği de ona yerli bir kanun vasfını vermiş olduğunu da söyleyebiliriz. 1858 tarihli Ceza Kanunu, gerek 1840 ve gerekse 1851 tarihli ceza kanunlarına nazaran 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu esas alınarak hazırlanmış olması nedeniyle batılı anlayışa daha yakın olduğu, hatta bu şekilde bir resepsiyon uygulaması ile yabancı bir hukukun hukuk sistemimize entegrasyonunun başlamış olduğunu söyleyebiliriz.⁶⁵

III. TÜRK CEZA HUKUKU AÇISINDAN 1858 TARİHLİ OSMANLI CEZA KANUNUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Ceza Hukukuna Hâkim Olan İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi

Ceza hukuku, suç olarak nitelendirilen insan davranışlarını ve bu davranışlara uygulanacak yaptırımları öngören normlar bütünü olarak tanımlanabilir.⁶⁶ Ceza hukuku, yaptırım tehditleri aracılığıyla toplumsal düzenin korunması açısından küçümsenmeyecek bir fonksiyonu yerine getirmektedir. Bugün doktrinde, ceza hukukunun katkısı olmaksızın düzenli ve yararlı birlikte yaşamanın olanaksız olacağı savunulmaktadır. Ceza hukukuna sahip olmayan veya ondan kendi iradesiyle vazgeçen bir hukuk devleti yoktur. Ceza hukukunun diğer hukuk dallarından farklı olarak kamusal müdahale

64 UYSAL Ahmet/BOZKURT Nurgül; Crime in The Late Ottoman Empire, Research Journal of Social Sciences, 2008, s.3, s.49-59'dan naklen YILMAZ Yasin; Son Dönem Osmanlı Hukuk Düşüncesi, s.205-206.

65 YILMAZ Yasin; Son Dönem Osmanlı hukuk Düşüncesi, s.205.

66 İÇEL Kayıhan; Ceza Hukuku, Genel Hükümler, s. 48.

araçlarının en önemlilerinden birisi olduğu ve bu müdahale aracı bireyin hak ve özgürlüklerine müdahale edecek şekilde kullanıldığından birey ve toplum açısından somut güvencelere sahip olması gerekmektedir.⁶⁷

Daha açık bir ifadeyle ceza hukukunun toplumu, başka bir deyişle toplum içerisinde birlikte yaşamaları için gerekli olan yaşam, özgürlük, malvarlığı gibi toplum düzeni açısından yaşamsal değerleri⁶⁸ koruma görevi vardır. Devletin ceza hukuku araçları ile suçla mücadelesinde bireylerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına alan ve ceza hukukunun sınırlarını oluşturan⁶⁹ ve bu görevi en iyi şekilde yerine getirebilmesi için dayandığı birtakım temel esaslar ve ilkeler söz konusudur. Bu ilkeler aynı zamanda evrensel ilkelerdir ve ceza hukukunun insanlığın var olduğu tarihten bu yana geliştirilen ve benimsenen ancak çağdaş ceza hukukunun aydınlanma çağıyla Avrupa’da gelişmeye başlayan ve özellikle 19. Yüzyılda önemli derecede gelişme gösteren kanunlaştırma hareketleri ile somut olarak şekillenen temel ilkeleridir. Ceza hukukunun toplumu koruma görevi, dayandığı bu temel ve evrensel ilkelerin gerçekleştirilmesi ile ancak adaleti yerine getirebilir. Bu ilkeler temel olarak hukuk devleti ilkesi, suçta ve cezada kanunilik ve ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkeleridir.

Batıda Magna Carta ile başlayan, Rönesans ve Reform hareketiyle aydınlanma döneminde fikri temelleri atılan, özellikle Fransız devriminden sonra gelişen insan hakları kavramı ile 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisinde koruma altına alındığı tüm dünyaya ilan edilen temel hak ve özgürlükler, aynı zamanda ceza hukukunun temel ilkelerinin ortaya konulmasına, gelişmesi ve somut olarak şekillenmesine de kaynaklık etmiştir. Bu gelişmelerin etkisiyle tüm Avrupa’da başlayan ve Tanzimat’la Osmanlı Devletine de sirayet eden kanunlaştırma hareketleri özellikle ceza kanunlarının belirtilen temel ilkeler çerçevesinde yapılmasına zemin hazırlamıştır.

67 ÜNVER Yener; Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s.445.

68 ÜNVER Yener; Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, s.446.

69 ARTUK Mehmet Emin/GÖKCEN Ahmet/ALAŞAHİN M Emin/ ÇAKIR Kerim; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s.48.

Tanzimat ve Islahat Fermanları ile getirilen ve hukuk devleti ilkesini de kapsayan eşitlik ve adalet, kanunsuz suç ve ceza olmaz ve ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkeleri temel haklarla ilgili ceza hukukunun temel ilkeleri, artık Osmanlıda kanunlaştırma hareketleri ile başlayan yeni ceza kanunlarının kodifikasyonunda dikkate alınmıştır. Özellikle Islahat Fermanından sonra tüm bu ilkeleri gerçekleştirecek ve kapsayacak şekilde düzenlenmesi amaçlanan 1858 tarihli Ceza Kanununda bu ilkelerin doğrudan veya dolaylı olarak esas alındığını görmekteyiz.

1. Hukuk Devleti İlkesi

Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup, bunu geliştirerek sürdüren, temel yasalara aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kuralılarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uyması gereken temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Ceza hukuku bakımından hukuk devleti ilkesi cezalarda orantılılık ilkesi ve aynı eylem nedeniyle tek ceza verilmesi ilkelerini içermektedir. Bu ilke hukuk düzeninin bu alanda bireyler için öngördüğü en önemli güvencedir. Hukuk devleti ilkesi aynı zamanda, adalet ve kanun önünde eşitlik ilkelerini içermektedir. Bu ilke ceza hukukunda ceza ve güvenlik tedbirlerine hükmedilirken fiilin ağırlığının dikkate alınacağı ve ceza kanununun uygulanmasında kişiler arasında ayırım yapılmayacağı ve hiç kimseye ayrıcalık tanınmayacağı anlamına gelmektedir.⁷⁰ Kısaca adil olan devlete hukuk devleti denir.⁷¹

Tanzimat Fermanında devletin iyi idare edilmesi için can ırz ve malın korunması için bazı yeni kanunlar konulması gerekli olduğu, ayrıca devlet idaresinde nizami kanunlar olmadıkça, kuvvet elde edilmesi ve gelişmişlik ve asayiş ve rahatlığın mümkün olamayacağı,

70 HAKERİ Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s.26.

71 ÖZTÜRK Bahri/ERDEM Mustafa Ruhan; Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayınevi, 20. Baskı, 2020 Ankara, s.38. DEMİRBAŞ Timur; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 15. Baskı, Ankara 2020, s.61.

belirtilmiş ayrıca Fermada “Bundan sonra suçluların davaları şer’i kanunlar gereğince alenen incelenip hüküm verilmedikçe, hiç kimse hakkında gizli ve açık idam ve zehirleme muamelesi caiz değildir”⁷² denilerek hukuk devletinin temel unsurları olan adaletli bir hukuk düzeni kurma ve sürdürme, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayma, aleni yargılama ve herkes tarafından uyulması gereken temel hukuk ilkelerinin var olduğu ve özellikle suç ve cezada kanunilik ve adil yargılanma ilkelerine vurgu yapılmıştır.

Islahat Fermanında ise hukuk devletine ilişkin önemli bazı unsurlar biraz daha belirginleştirilerek “Tanzimat fermanı gereğince her din ve mezhepte bulunan Osmanlı halkı hakkında istisnasız, can ve mal emniyeti ve namusun korunması için Padişahlığım tarafından vaat ve ihsan olunmuş olan teminat, bu kere dahi kuvvetlendirilmiş ve sağlamlaştırılmıştır. Bunun tam olarak hayata geçirilmesi için etkili tedbirler kabul olunmuş; ve Padişahlığımın yüce koruma kanatları altında Osmanlı ülkemizde bulunan Hristiyan ve sair gayri müslim halkın cemaatlerine büyük ecdadım taraflarından tanınmış ve son-raki senelerde de yine bağışlanmış olan bütün imtiyazlar ve rubani muafiyetler bu kerre tekrar sağlamlaştırılmış ve sürekli kılınmıştır.” Denilmiştir.⁷³

Tanzimat ve Islahat Fermanları ile müslim ve gayrimüslimler arasındaki her türlü ayrımcılığın kaldırılacağı, adaletli bir hukuk düzeni kurma ve sürdürme, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayma, aleni yargılama ve herkes tarafından uyulması gereken temel hukuk ilkelerinin var olduğu ve özellikle suç ve cezada kanunilik ve adil yargılanma ilkelerine yapılan vurgular saltanat rejimi altında da olsa eşitlik ve adalet ilkeleri⁷⁴ ile hukuk devleti ilkesinin 1858 tarihli Ceza Kanununda yapılan düzenlemelerde esas alındığı, en azından bu anlayışın yansıtılmaya çalışıldığı söylenebilir.

72 KİLİ Suna/GÖZÜBÜYÜK A.Şeref; Sened-i İttifaktan Günümüze Türk Anayasa Metinleri, Türkiye İş Bankası Yayınları, 3. Bası, 2006, s 11 vd

73 KİLİ Suna/GÖZÜBÜYÜK A.Şeref; Sened-i İttifaktan Günümüze Türk Anayasa Metinleri, s 16.

74 Feman metinleri için bkz. KİLİ Suna/GÖZÜBÜYÜK A.Şeref; Sened-i İttifaktan Günümüze Türk Anayasa Metinleri, s 11 vd. ENGELHARDT; Tanzimat ve Türkiye, 2. Basım, Kaknüs Yayınları, 2017, İstanbul, s.137 vd. KAYNAR Reşat; Mustafa Reşit Paşa ve Tazminat; Türk Tarih Kurumu Basımevi, 4. Baskı, Ankara 2010, s164 vd. ÜÇÖK Coşkun/MUMCU Ahmet/BOZKURT Gülnihal; Türk Hukuk Tarihi, s.305 vd.

2. Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi; kanunda gösterilmeyen bir fiilin suç oluşturmayaacağı(Nullum Crimen Sine Lege) ve suça ancak kanunda gösterilen cezanın uygulanabileceği(Nulla Poena Sine Lege) ilkeleri, yani suç sayma ve cezalandırma yetkisinin her türlü keyfiliğin önlenmesi amacıyla kanunla sınırlandırıldığı anlamına gelmektedir.⁷⁵

Başka bir ifade ile kanunun açıkça suç saymadığı bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemeyeceği, hiç kimsenin belli bir suçla ilgili olarak kanunda öngörülmemiş bir ceza ile veya öngörülen cezadan daha ağır bir ceza ile cezalandırılmayacağını⁷⁶ ifade etmektedir. Kısaca bu ilke suçun ve suça uygulanacak cezanın kanun tarafından açıkça belirlenmesi gerektiği anlamına gelmektedir.⁷⁷ İlkenin esası ve mantığı kişilerin yasak eylemleri önceden bilmelerini sağlama düşüncesine dayanmaktadır.⁷⁸ Bu ilke ceza hukukunun güvence fonksiyonunu ifade etmektedir.⁷⁹ Başka bir deyişle devletin keyfi ve sınırsız cezalandırma⁸⁰ yetkisi kullanmasını önleyerek bireye bir güvence sağlamaktadır.

Batıda ilk defa Magna Carta da ifadesini bulan bu ilke, aydınlanma çağı ve özellikle Fransız ihtilalinden sonra insan hakları kavramlarının gelişme sürecine paralel olarak bu süreçte ceza hükümlerine duyulan güvensizlik ve keyfi uygulamalar, aynı dönemde başlayan kodifikasyon hareketlerinde bu ilkenin ulusal ve uluslararası düzenlemelerde yer alması sonucunu doğurmuştur. 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisinde suçta ve cezada kanunilik ilkesi ilk defa⁸¹

75 ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN Koray/BACAĞIZ Pınar/TEPE İlker; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2020, Ankara, s.65.

76 ÖZGENÇ İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 16. Baskı, 2020.s.122. KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Eylül 2020 Ankara, s. 52.

77 ARTUK Mehmet Emin/GÖKCEN Ahmet/ALAŞAHİN M Emin/ ÇAKIR Kerim; s.48.

78 DÖNMEZER Sulhi; ERMAN Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, s.21

79 ÖZTÜRK Bahri/ERDEM Mustafa Ruhani; Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, s.41.

80 AKBULUT Berrin; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s.104.

81 DÖNMEZER Sulhi; ERMAN Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, s.24.

uluslararası bir belgede ve akabinde 1791 Fransız Anayasasında düzenlenmiştir. Bu gün için birçok devletin anayasalarında yerini almış bu ilke, hukuk devleti ilkesinin umumi ve belki de en önemli prensiplerinden olmuş ve evrensel hukuk kuralı haline gelmiştir.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi İslam ceza hukukunun temel prensiplerindendir.⁸² İslam hukukunun ortaya çıkışından itibaren bizzat ilahi kaynaklı temel kaynaklarda suç ve cezanın mutlaka bir norma bağlı olması gerektiğinin vurgulanması, henüz öç alma ve kısas uygulamalarından kurtulamamış sistemlerin var olduğu bir dünyada İslam ceza hukuku suçta ve cezada kanunilik ilkesini kurumsallaştırmıştır. Osmanlı hukuk sisteminde de birkaç önemli istisna dışında suçta ve cezada kanunilik ilkesine hassasiyet gösterildiği, başka bir deyişle bu ilkenin hâkim olduğu⁸³ göz ardı edilemez bir gerçektir.⁸⁴ İslam ve Osmanlı Hukukunda suçta ve cezada kanunilik ilkesinin mantığı, kişilerin yasak olan fiil ve hareketleri önceden bilmelerini sağlamak düşüncesine dayanır. İslam ceza hukuku açısından bu ilke had ve kısas suç ve cezalarında açık hükümler içermektedir. Ancak tazir suçlarında bu suçları düzenleme yetkisi olan devlet başkanı bu ilkenin uygulanmasından sorumludur.⁸⁵ Osmanlıda kanunnamelerle tazir suç ve cezaları belirlenerek kanunilik ilkesine riayet edilmeye çalışılmış ve bu suretle suç ve cezaların uygulanmasında keyfilğin önüne geçilmeye çalışılmıştır.⁸⁶

Tanzimat fermanında can ve mal güvenliğinin korunacağından, suç sayılmayan bir eylemden dolayı kimsenin cezalandırılmayacağı ve bütün bunları sağlamak için bir ceza kanununun yapılacağından bahsederek suçta ve cezada kanunilik ilkesine vurgu yapılmıştır.⁸⁷ Tanzimat Fermanında yapılan bu vurgu, 1858 tarihli Ceza Kanununda yapılan düzenlemelerde esas alınmış, Kanun bu ilke dikkate alı-

82 AKŞİT M.Cevat; İslam Ceza Hukuku ve İnsani Esasları, Gümüşev Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul Temmuz 2015, s.203. CİN Halil/AKGÜNDÜZ Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2011, s.291.

83 AYDIN M. Akif; Türk Hukuk Tarihi, s.174

84 YURTSEVEN Yılmaz; Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesi Çerçevesinde İslam Ceza Hukukunda Örfi Hukukun Yeri ve Osmanlı Uygulaması, İslam Ceza Hukuku, Uluslararası Hukukçular Birliği, Tebliğler Kitabı Cilt 2, Lale Yayıncılık, Nisan 2017, s. 347.

85 CİN Halil/AKGÜNDÜZ Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, s, 291.

86 AYDIN M. Akif; Türk Hukuk Tarihi, s.69.

87 ÜÇÖK Coşkun/MUMCU Ahmet/BOZKURT Gülnihal; Türk Hukuk Tarihi, s.306. vd.

narak hazırlanmış ve yeni suç türleri ve cezaları buna göre belirlenmiştir.

3. Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği İlkesi

Ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi, ancak kusurlu bir kimse-
nin cezalandırılabilmesi prensibinin sonucu olarak hiç kimsenin
işlemediği bir fiilden dolayı cezalandırılmaması, başka bir deyişle
başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulmaması, ancak failin kendi
fiilinden sorumlu olmasıdır. Bu ilke kişisel bir güvence sağlar. Ceza
sorumluluğunun şahsiliği ilkesi ceza hukukunun evrensel ilkelerinden
dendir. Bu ilke aynı zamanda çağdaş ceza hukukunda benimsenen
kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesini de kapsamaktadır.

Ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi, cezanın suçu işleyen kimse
tarafından çekilip sadece onun sorumlu olması anlamında İslam ve
Osmanlı ceza hukuku tarafından başlangıcından beri benimsenmiş
bir prensiptir.⁸⁸ Tanzimat Fermanında üzerinde durulan temel ilke-
lerden birisi de cezaların şahsiliği ilkesidir. Bu ilkeye Fermanda dola-
yısıyla temas edilmiş, o tarihe kadar uygulanmakta olan bir kimsenin
bütün malları üzerindeki mülkiyet hakkını kaldıran müsadere usulü
tamamen ortadan kaldırılmıştır. İdam edilen bir şahsın tüm malvar-
lığının müsaderesi bu mali cezanın suçla ilgisi olmayan mirasçıları
hakkında uygulanması anlamına geldiğinden, kaldırılmasıyla ancak
suçu doğrudan doğruya işleyenler veya işlenmesine iştirak edenler
hakkında uygulanabilmesi imkânı getirilmiştir.⁸⁹

B. Suç Genel Teorisi Bakımından Değerlendirilmesi

Maddi ceza hukuku bakımından suç genel teorisi, bir fiilin suç
olarak nitelendirilebilmesi için bulunması gereken genel unsurlar-
ın nelerden ibaret olduğunu tespit eder ve tespit edilen yapısal
unsurları inceler. 1858 tarihli Ceza Kanunu bir genel suç teorisi-
ni ihtiva eden Türk ceza mevzuatını dağınık safhadan çıkarmıştır.
Kanunla, 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunundan aynen alınarak

88 AKŞİT M.Cevat; İslam Ceza Hukuku ve İnsani Esasları, s.207. AYDIN M. Akif; Türk Hukuk Tarihi, s.174

89 TANER Tahir; Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku, s.225

Osmanlı ceza hukuku sisteminde ilk defa suçlar cinayet, cünha ve kabahat olarak üçe ayrılmış ve tanımlanmıştır.⁹⁰ Bu tanımlama, suçların türünden ziyade ceza süresi ve cezalandırma şekline göre değişmektedir.

Cinayet, her ne kadar günümüzde adam öldürme suçunu çağrıştırsa da, Osmanlı hukukunda rüşvet, eşkıyalık, kız kaçırma, tecavüz, kürtaj gibi ağır suçlar da cinayet kapsamı içerisinde ele alınmıştır. Cinayet suçları; idam, müebbet veya muvakkat kürek, kalebentlik, sürgün, memuriyetten mahrumiyet, medeni kanundan ıskat türünden cezalar için öngörülmüştür. Diğer bir suç türü olan “Cünha” ise, sözlük anlamı olarak küçük suç anlamına gelmektedir. Cünha kapsamındaki suçlar için hapis, sürgün, memuriyetten uzaklaştırma ve para cezaları öngörülerek, hapis cezasının müddeti, suçlunun hapse girişinden itibaren asgari yirmi dört saatten başlayarak azami üç sene olarak düzenlenmiştir. Kabahat, ise, cünhadan daha basit fiil ve suçları ifade etmektedir. Kabahat fiillerine verilen cezalar; yirmi dört saatten bir haftaya kadar olan hapis cezaları ile 100 kuruşa kadar olan para cezasını gerektiren eylemlerdir.⁹¹

Kanunu, çağdaş ceza hukukunda tasnife tabi tutulan suç genel teorisi açısından incelemeye çalıştık, Bu amaçla suçun maddi unsurlarını, suçun manevi unsuru, hukuka aykırılık ve kusurluluk bakımından ele alıp inceledik. Ayrıca Kanunda suçun özel görünüş biçimleri, iştirak, teşebbüs ve kusur yeteneğini etkileyen ve kusurluluğu kaldıran ve azaltan sebepler yönü ile de ele alıp inceledik.

1. Suçun Maddi Unsurları

Türk Ceza hukukunda benimsendiği üzere suçun kanuni tanımında yer alan objektif unsurları, fiil, fail, mağdur ve suçun konusu suçun maddi unsurlarıdır. Kanunda düzenlenen suçun maddi unsur-

90 Bu üçlü ayrım çok eski bir geçmişe sahip olmakla birlikte ilk defa 1810 Tarihli Fransız Ceza Kanununda kabul edilmiş, sonrasında diğer bazı Avrupa ceza kanunlarında da benimsenmiş, 1858 tarihli Osmanlı Ceza Kanunname-i Hümayununda yer alarak Tür Hukuk sistemine de ilk defa girdiğini görmekteyiz. DÖNMEZER Sulhi, ERMAN Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.II, 14. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2019, s.54.

91 ÖZTOP Fatih/KARASU Demet; Ceraimi Umumiye Cetvellerine Göre Kudüs Sancağında Hırsızlık Suçları ve Failler, ANS, Asia Minor Studies, Cilt: 5, Sayı: 10, Temmuz 2017, s.115
<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/333648>, Erişim Tarihi 19/03/2020.

larını, yani suçun kanuni tanımında yer alan objektif unsurları, fiil, fail, mağdur ve suçun konusu bakımından ele alıp inceledik.

a) Fiil

Fiil, dış dünyada gerçekleştirilen davranışı ifade etmekle birlikte ceza hukuku bakımından, başka bir deyişle suç teorisi bakımından fiil ve neticenin, suçun kanuni tanımına uygun ve ceza normu tarafından yasaklanmış bir davranışı ifade ettiğini anlıyoruz. Zira ceza hukuku bakımından önemli olan fiil kanunda belirtilen tanıma uygun olan fiildir. Bu itibarla ceza hukuku fail ceza hukuku olmayıp fiil ceza hukukudur. Bu nedenle insanların düşünceleri, duyguları ve planları ceza hukuku değerlendirmesinin konusu olamaz. Ceza hukukunun ele alacağı husus sadece hareket olabilir.⁹² Ceza hukukunda sorumluluk bakımından fiil ve neticenin varlığı ve her ikisi arasındaki nedensellik bağının kurulması önemlidir. Bu durumun tespiti halinde ancak suçun diğer unsurlarının varlığı araştırılacaktır.

Osmanlı devletinde uygulanan İslam ceza hukukuna suç tiplerine ilişkin düzenlemelerin son derece sınırlı olması karşısında Kanunla batılı anlamda kodifikasyonla ilk defa suç tipleri bu kadar ayrıntılı ve suçta ve cezada kanunilik ilkesine uygun olarak düzenlenmiş hangi fiillerin suç olduğu açıkça düzenlenmiştir. Kanunla kişilerin fiillerinin ceza hukukunun konusunu oluşturduğu, aynı zamanda ceza hukukunun dış dünyaya yansıyan insan fiilleriyle ilgilenildiği ortaya konulmuştur.⁹³

b) Fail

Ceza hukuku bakımından fail kanunda suç olarak öngörülen bir fiili işleyen kimse faildir. Her fiil zorunlu olarak bir failin eseridir. Ceza hukukunda suç teşkil eden eylemler, suçun faili olmak bakımından insan tarafından gerçekleştirilen fiillerdir. Failin erkek, kadın ve çocuk arasında bir fark bulunmamaktadır.

92 HAKERİ Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.128.

93 AYKANAT Mehmet/ ÜNAL Mustafa; Şerh-i Kanun-I Cezanın Hukuki Değeri, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukuna Giriş, Mahmud Esad Seydişehirli'nin Ceza Hukuku Dersleri, Editörler Mehmet Aykanat&İbrahim Ülker, On İki Levha Yayıncılık, 1.Baskı, İstanbul, Kasım 2020, s.81.

Kanunun 43. maddesinde ceza kanununun uygulanması bakımından erkek ve kadın arasında fark olmadığı ancak cezaların infazında kendilerine mahsus hallerine riayet edileceği belirtilmiştir. Kanunun 46. maddesinde bir suçun birden fazla fail tarafından işlenebileceği kabul edilerek buna ilişkin müsterek faillik müessesesi düzenlenmiştir.

c) Suçun Konusu

Suçun maddi konusu denilince bundan anlaşılan, suçun üzerinde işlendiği kişi veya şeydir.⁹⁴ Konusuz suç olmaz. Suçun konusu eşya veya şahsın fiziki, maddi yapısıdır. Ceza kanunlarında düzenlenen ve tanımlanan bazı suç tiplerinde suçun konusunun bir eşya olduğu, hırsızlık suçunda taşınır mal, zarar verme suçunda ise taşınır veya taşınmaz mal olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Ancak bazı suçlarda suçun konusu ile mağdur iç içe olmasına rağmen aynı şeyler değildir. Örneğin kasten yaralama suçunda mağdur yaralanan kişi olmakla birlikte suçun konusu yaralanan bu kişinin vücududur. Kanunda İkinci Bab'da düzenlenen yaralama, ırza geçme, çocuk düşürtme, hırsızlık, kız kaçırma, iftira, sövme, dolandırıcılık, mala zarar verme⁹⁵ gibi düzenlenen suç tiplerinde suçun konusunun açıkça bazen de suçun mahiyetinden anlaşılabilecek şekilde düzenlendiğini görmekteyiz.

d) Mağdur

Her suçun bir faili olduğu gibi mutlaka bir mağduru da vardır. Mağdur genel olarak işlenen fiil nedeniyle haksızlığa uğramış kimse, kendisine karşı suç işlenen kişi anlamına gelmektedir. Mağdur ceza hukuku kavramı olarak suçun konusunun ait olduğu kişi veya kişileri ifade eder. Eğer suçun konusu belirli kişi veya kişiler ise mağdur bu kişi veya kişilerdir. Buna karşı suçun konusunu belirli bir kişi değil de toplumu oluşturan fertlerin hepsine ait bir şey ise o zaman mağdur toplumu oluşturan herkeştir.⁹⁶ Kanunda düzenlenmiş olan suç tiplerinde suçun mağdurunun kim olduğu her bir suç

94 DÖNMEZER Sulhi, ERMAN Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.I, İstanbul, 1997, s.333.

95 GÖKCEN Ahmet; Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Cezai Müeyyideler, s.30

96 KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.108.

bakımından açıkça veya suçun niteliğinden anlaşılmaktadır. Ancak o dönemin ceza hukuku anlayışı ve Kanunu şerh edenler bakımından suçun topluma, devlete veya şahıslara karşı, başka bir deyişle kime karşı işlenirse işlensin suçun mağdurunu toplum olduğu ifade edilmektedir.⁹⁷

e) Suçun Nitelikli Unsurları

Bazı nedenler vardır ki, suç unsuru olan fiilden ve suçun varlığından bağımsız olarak, suçun cezasına etki etmekte, cezanın normal şartlardan farklı olarak daha ağır veya daha hafif olmasına sebep olmaktadır.⁹⁸ Belirli faillere ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre, faillerin daha ağır biçimde cezalandırılması, yasalarda açıklanan nitelik ve özelliklere dayanmak zorundadır. Bu durumlar söz konusu olmadığında failin daha ağır biçimde cezalandırması kabul edilemez.⁹⁹ Suça etki eden ağırlaştırıcı sebeplerden birinin bulunması, faile, suçun basit şeklinde belirlenen cezadan daha ağır bir cezanın verilmesine sebep olacaktır.

Kanunun 48. ve devamı maddelerinde devlete karşı işlenen suçlar bakımından suçun memur tarafından işlenmesi halinde idam edileceğine ilişkin düzenleme bu suç bakımından ve bazı suçlarda suçu işleyenlerin devlet memuru olmaları halinde bunlara uygulanacak cezaların nitelikli hali düzenlemektedir.

2. Suçun Manevi Unsuru

Suçun manevi unsuru, suça konu fiili işleyen kişi ile işlediği fiil arasındaki manevi bağı ifade etmektedir. Kişi ile gerçekleştirdiği davranış başka bir deyişle fiil arasında manevi bir bağ yoksa bu davranış fiil niteliği taşımaz ve dolayısıyla bir suçun varlığından da söz edilemez. Başka bir deyişle fiilin tipiklik veya kanuni tanımda manevi unsur gerçekleşmediği takdirde suç oluşturan bir haksızlığın

97 AYKANAT Mehmet/ ÜNAL Mustafa; Şerh-i Kanun-I Cezanın Hukuki Değeri, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukuna Giriş, s.82 vd.

98 SOYASLAN Doğan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş 9. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020, 484.

99 YURTCAN, Erdener; Terörle Mücadele Yasası, Cumhuriyet, 20.05.1991, s. 2.

varlığından söz edilemez.¹⁰⁰ Suçun manevi unsuru denildiğinde kural olarak kastı, istisnai olarak yanı kanunda ayrıca ve açıkça belirtilmesi durumunda taksiri anlamamız gerekmektedir.

Çağdaş ceza hukuku bakımından suçun oluşması için failin kastının varlığı şarttır. Başka bir deyişle bir suçun oluşması için failin kasten hareket etmesi şarttır. Kast, failin suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesi olarak tanımlanabilir.¹⁰¹ Kanunun düzenlenen suç tiplerinde Fransız Ceza Kanunundan mülhem olacak şekilde bu hususun gözetilerek düzenleme yapıldığı görülmektedir.

a) Kast

Osmanlı Ceza Kanununa göre kast, kanuna aykırı hareket etme niyeti olarak tanımlanmış, bunun için de kanuna aykırı bir fiilin varlığı ve kanuna aykırı olduğu bilinen bu fiili gerçekleştirme niyeti aranmıştır. Bu düzenlemelerin TCK'nun 21. maddesinde düzenlenen bilme ve isteme unsurlarının varlığı ile uyumlu olduğu anlaşılmaktadır. TCK 21 maddesi gereğince suçun oluşması için kastın varlığı zorunlu iken 1858 Tarihli Ceza Kanununda bazı suçlar bakımından, örneğin defni yasak olan yerlere ölü defnedilmesinde kast aranmamış fiilin gerçekleşmesi ile suçun gerçekleştiği kabul edilmiştir. Ayrıca Kanunun genel sistematigi içinde suçun manevi unsurunu oluşturan kastın yanında haksızlığın subjektif unsuru olarak zarar verme niyeti genel olarak aransa da bu niyet olmaksızın gerçekleştirilen fiillerde de suçun gerçekleştiği kabul edilmiştir.¹⁰²

Kanunda temel olarak doğrudan kast düzenlenmekle birlikte suçun olası kastla da işlenebileceği kabul edilmiş ve TCK 21/ 2 de düzenlenen olası kastın tanımına hemen hemen uygun bir tanım la olası kast; işlediği fiilden meydana gelebilecek sonuçları bilmesine rağmen bunu önemsemeyip ne olursa olsun niyetiyle hareket etmiş ise meydana gelen sonuçlardan sorumlu olma hali gayri mu-

100 KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.137.

101 ARTUK Mehmet Emin/GÖKCEN Ahmet/YENİDÜNYA Caner; Türk Caza Kanunu Şerhi, s.4423.

102 AZİZ Mehmet; Osmanlı Ceza Hukuku Mufassal Nazariyatı Ceza, Editör Selman Dursun, Onikilevha, 1. Baskı, İstanbul 2020, s.15.

ayyen kast olarak tanımlanmıştır. Mehmet Aziz Bey Mufassal Nazariyat-ı Ceza isimli kitabında bu durumu Kanunun 163. Maddesinde “kundakçılık Suçları” başlığı altında düzenlenen, meskûn ve gayri meskûn binalar ve insanların ikamet ettiği yerleri ateşe verenlerin içinde insan olabileceğini bilen veya bilmesi gerekmesine rağmen öldürme kastı olmasa dahi ölürse ölsün kastıyla hareket ederek fiilini gerçekleştirenlerin meydana gelen ölüm neticesinden gayri muayyen kastla sorumlu olacağını vurgulamıştır.¹⁰³

b) Taksir

Mehmet Aziz Bey Mufassal Nazariyat-ı Ceza isimli kitabında 1858 Kanunda düzenlenen taksir kavramını, kanuna aykırı olarak bir fiil işleme kastı olmaksızın dikkatsizlik veya nizamata aykırılık sonucu bir suçun oluşmasına sebebiyet vermek olarak tanımlamıştır. Mehmet Aziz Bey devamla bu durumda failin fiilden değil dikkatsizlik veya nizamata aykırılıktan cezalandırıldığını, bu durumun Kanunun taksirle işlenen suçlardaki düzenlemesinde görüleceği gibi, kasten işlenen suçun gerektirdiği ceza ile değil dikkatsizlik veya nizamata riayetsizlikten kaynaklanan kusur ve müsamaha ile uygun daha hafif bir ceza ile cezalandırılması düşüncesinden kaynaklandığını belirtmektedir. Eğer faile dikkatsizlik ve nizamata aykırılık izafe edilemeyecek ise faile ceza verilemeyeceğini, mesela at üzerinde yolda normal bir şekilde giden bir kişinin atının arkadan kuyruğunu çeken veya atına dokunan bir kimseyi at çifte atıp yaralasa atın binicisinin dikkatsiz bir davranışı ve kusuru olmadığından dolayı kendisine ceza verilemeyeceğini, ancak bir mabedin ortasında yatmış uyumuş bir kimseye gözleri görmeyen birisinin çarparak ölmesi veya yaralanması durumunda bu kişiye dikkatsiz davranışından dolayı kusur izafe edilebileceği ve ceza verilebileceği, ancak namaza duran kişiye gözleri görmeyen kişinin çarpması neticesinde ise dikkatsizlik ve kusur izafe edilemeyeceğinden dolayı ceza verilemeyeceğini örnekleyerek Kanunun kusur anlayışını örnekleyerek açıklamıştır.¹⁰⁴

Kanunda hem dikkatsizlik hem de nizamata aykırı davranışla iki ayrı suç işlenebileceği, örneğin bir kimsenin ruhsatsız belinde dolu

103 AZİZ Mehmet; Osmanlı Ceza Hukuku Mufassal Nazariyatı Ceza, s.16.

104 AZİZ Mehmet; Osmanlı Ceza Hukuku Mufassal Nazariyatı Ceza, s.19.

ve kurulu bir silahın dikkatsizlik neticesinde ateş alması ve bir kişinin ölmesi ve yaralanması durumunda hem dikkatsizlikten hem de ruhsatsız silah taşınması nedeniyle nizamata aykırı davranışta bulunması nedeniyle iki ayrı suç işlemiş olacağı, ancak iki suçtan ayrı ayrı ceza verilmeyip tek ceza verileceği ve cezanın iki ayrı suç nedeniyle arttırılacağı 182. Maddede dikkatsizlik nedeniyle ölüm halinde cezalandırma hali düzenlenmiştir.¹⁰⁵

3. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuka aykırılık genel olarak hukuka karşı gelme, hukukla çatışma halinde olma demektir. Suçun bir unsuru olarak hukuka aykırılık ise, işlenen fiil'e hukuk düzeni tarafından onay verilmemesi, fiil ile hukuk normu arasındaki bir çelişkiyi, fiilin yalnız ceza hukuku ile değil aynı zamanda bütün hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde olması aynı zamanda bu çelişki ve çatışmayı ortadan kaldıran ve fiili hukuka uygun hale getiren sebeplerin bulunmaması anlamına gelmektedir. Her suç hukuka aykırı bir fiilin varlığını ifade etmekle birlikte her hukuka aykırı fiil bir suçun varlığını göstermez.¹⁰⁶ Kanunda Birinci Bab'da düzenlenen devletin dış ve iç güvenliğini bozan suçlar, rüşvet, devlet malını çalmak, memuriyet görevini yapmamam ve memuriyet nüfuzunu kötüye kullanma, memurların fertlere kötü muamelesi, memurlara muhalefet ve itaatsizlik, memura hakaret, mühür fekki ve eski eserlerin tahribi, ruhsatsız matbaa açma, zararlı evrak neşretme, kalpazanlık, kundakçılık gibi suç tipleri ve İkinci Bab'da düzenlenen yaralama, ırza geçme, çocuk düşürtme, hırsızlık, kız kaçırma, iftira, sövme, dolandırıcılık, mala zarar verme, kumar ve piyango suçları, müzayede ve ticari işlere fesat karıştırma, güveni kötüye kullanma suçları gibi¹⁰⁷ Osmanlı toplumu ve hukuk düzeni tarafından onay verilmeyen fiiller ve Fransız Ceza Kanununda suç olarak düzenlenen bir kısım fiillerden mülhem olacak şekilde bu hususun gözetilerek düzenleme yapıldığı görülmektedir.

105 AZİZ Mehmet; Osmanlı Ceza Hukuku Mufasssal Nazariyatı Ceza, s.21.

106 İÇEL Kayıhan/SOKULLU AKINCI Füsün/ÖZGENÇ İzzet/SÖZÜER Adem/ MAHMUTOĞLU Fatih/ÜNVER Yener; İçel Suç Teorisi, 2. Bası, İstanbul 2002, s.252.

107 GÖKCEN Ahmet; Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Cezai Müeyyideler, s.30

4. Kusurluluk

Ceza hukukunda sorumluluğun temel şartı, insan davranışının iradi olarak gerçekleştirilmesidir. Çünkü iradi olarak gerçekleştirilmeyen fiil hukuka aykırı olsa da bu fiilden dolayı sorumlu tutulamayacaktır. Bu nedenle sorumluluğun tespiti bakımından irade oluşumunun şartlarının belirlenmesi gerekmektedir. Bu aynı zamanda faildeki kusurun belirlenmesine de yardımcı olacaktır. Bu anlamda kusur, failin gerçekleştirdiği haksızlıkla ilgili iradesinin oluşum şartlarının tespiti ve bu tespite binaen gerçekleştirdiği haksızlık dolayısıyla failin şahsen kınanması gerekip gerekmediği hususundaki yargıyı ifade etmektedir. Bir fiil failin kusuru olmadan işlense dahi haksızlık dolayısıyla suç olma özelliğini koruyacaktır.¹⁰⁸

Failin gerçekleştirdiği haksızlık nedeniyle kınanmasının sebebi failin norma uygun davranabilecek, hukuka uygun hareket edebilecek durumda olmasına rağmen hukuka aykırı davranışı tercih etmesi, hukukun kendisinden talep ettiği şekilde davranmamasıdır. Böylece faille, hukuka aykırı fiilinin temelinde olan ve hukukun gerekleriyle bağdaşmayan somut bir fiille bağlantılı kusurlu irade yüklenmektedir.¹⁰⁹

Kusur yeteneği, bir eylemin bir kişiye yüklenebilmesi için, eylemini yaptığı sırada o kişinin sahip bulunması gereken kişisel niteliklerinin bütünüdür. Bir kişinin işlediği fiilden dolayı kınanabilmesi başka bir deyişle o kişinin işlediği fiilden dolayı kusurlu olduğundan söz edilebilmesi için öncelikle o kişinin fiili işlediği sırada kusur yeteneğine sahip olması gerekmektedir. Kusur yeteneği ise, kişinin işlediği fiilin veya haksızlığı anlayabilme hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yanı yaptığı davranışın hukuken onaylanmayan bir davranış olduğunu anlama ve bu doğrultuda davranabilme, davranışlarını yönlendirebilme yeteneği olarak tanımlanmaktadır.¹¹⁰ Kanunda yapılan düzenlemelerde bu hususun gözetildiği ve kusurluluk ve kusur yeteneğini etkileyen hallerden yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve zaruret hali ve suçun cebir altında işlenmesi hallerine ilişkin hükümler düzenlenmiştir.

108 ÖZGENÇ İzzet; Türk Ceza Hukuku, 402.

109 KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.294.

110 HAKERİ Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 302, KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.295-296.

5. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

a) Teşebbüs

Suçta teşebbüs, bir suç işleme kararı alıp hazırlık hareketleri tamamlandıktan sonra suçun icrasına elverişli vasıta ile başlayıp failin elinde olmayan nedenlerden dolayı icra hareketlerinin veya neticesinin tamamlanamaması hali teşebbüs olarak tanımlanmaktadır.¹¹¹ Kanunda teşebbüs kavramının benimsendiği buna göre icra hareketine başlanmış fakat elde olmayan nedenlerden dolayı istenen sonuç meydana gelmemişse suçun teşebbüs derecesinde kaldığı kabul edildiği anlaşılmaktadır.¹¹² Kanunda düzenlenen bazı suç tiplerinde bir kısım suçların teşebbüs elverişli suçlar olduğu anlaşılmaktadır. Kanunun 180. maddesinde öldürme kastı ile hareket eden kişinin eylemi teşebbüs aşamasında kalan ve failin elinde olmayan nedenlerle tamamlanamayan fiil ve netice nedeniyle kanundaki düzenleme gereği faile tamamlanmış suça oranla daha az ceza verileceği belirtilmiştir.

b) İştirak

Ceza Kanununda tanımlanmış tipe uygun, hukuka aykırı ve kusurlu pek çok eylem bir fail tarafından işlenebileceği gibi, birden çok fail tarafından da işlenmesi hukuken mümkündür.¹¹³ İştirak, kanunen ve nitelikleri gereği tek kişi tarafından işlenebilmesi mümkün olan bir suçun, doğrudan veya dolaylı olarak birden fazla failin değişik şekillerdeki katılımıyla önceden işbirliği yapmaları sonucunda gerçekleştirilmesidir.¹¹⁴ Kanunun 46. maddesinde ise müşterek faillik düzenlenmiş ve kanunda açıkça düzenleme bulunmayan hallerde müşterek faille işledikleri suç nedeniyle müstakil ceza verileceği belirtilmiştir.

c) İçtima

Kanunun 182. Maddesinde dikkatsizlik nedeniyle ölüm halinde suçların içtimasında hukuki sonuç tekliğinin düzenlendiğini görmekteyiz. Burada birden fazla suç işlenmesine rağmen her bir suçtan

111 DEMİRBAŞ Timur; Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.474.

112 PARLAR Ali/HATİPOĞLU Muzaffer; 5237 sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teşebbüs-İştirak-İçtima ve Yaptırımlar, Kazancı Yayınları, İstanbul 2005, s.1

113 İÇEL Kayıhan/EVİK A.Hakan; İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.261.

114 HAKERİ Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 221.

ayrı cezalandırma yoluna gidilmemiş tek suç üzerinden gidilerek ceza miktarı ağırlaştırarak tayin edilme hali düzenlenmiştir, Bu madde uyarınca bir kimsenin ruhsatsız belinde dolu ve kurulu bir silahın dikkatsizlik neticesinde ateş alması ve bir kişinin ölmesi ve yaralanması durumunda hem dikkatsizlikten hem de ruhsatsız silahtan nizamata aykırı davranışta bulunması nedeniyle iki ayrı suç kabul edilmekte ancak iki suçtan ayrı ayrı ceza verilmeyip tek ceza verilmekte ve ceza iki ayrı suç nedeniyle arttırılmaktadır.

d) Kusur Yeteneğini Etkileyen Kusurluluğu Kaldıran ve Azaltan Sebepler

Kanunun Mukaddime bölümünün dördüncü faslında, suç genel teorisi içinde suçun yapısal unsurları içerisinde değerlendirilen kusurluluk ve kusur yeteneğini etkileyen hallerden yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve meşru müdafaa, zaruret hali ve suçun cebir altında işlenmesi hallerine ilişkin hükümler düzenlenmiştir.

Kanunda failin işlediği fiil nedeniyle kusurlu kabul edilebilmesi için algılama yeteneğine ve irade kudretine sahip olması gerektiği düzenlenmiştir.¹¹⁵ Mukaddimenin dördüncü faslında 40, 186, 188 ve devamı maddelerinde yer alan düzenlemelere göre suçun işlendiği sırada işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya davranışlarını yönlendirme yeteneği gelişmemiş olan çocuklar ve akıl hastası olanların, fiili cinnet halinin etkisi altında işlediği sabit olanlar ile suçun zaruret hali, cebir ve meşru müdafaa hallerinde bu suçu işleyenlere ceza verilmeyeceği hüküm altına alınarak kusur yeteneğini etkileyen haller açıkça düzenlenmiştir..

C. Yaptırım Teorisi Bakımından Değerlendirilmesi

Ceza hukuku yaptırımlarıyla güdülen amaç suç işlenmesinin önlenmesi, toplumun korunması ve kişinin ıslah edilmesidir. Yaptırım, insanın yükümlülüklerine aykırı davranmasının gerekli kıldığı hukuki ve fiili sonuçtur. Yaptırım cezalar veya güvenlik tedbirleri olarak uygulanmaktadır. Çağdaş ceza hukukunda cezalar, hapis cezası

115 AYKANAT Mehmet/ ÜNAL Mustafa; Şerh-i Kanun-I Cezanın Hukuki Değeri, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukuna Giriş, s.82ç

ve para cezası şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Ceza Kanunumuza göre gerçek kişiler hakkında hürriyeti bağlayıcı ceza uygulanacaktır. Tüzel kişilere hakkında ise, Türk Ceza Kanunu sistematüğinde ceza sorumluluğunun şahsiliğı ilkesi benimsenmiş olduğundan adli para cezası verilmesi mümkün bulunmamaktadır.

Kanun, yaptırım teorisi bakımından ele alınarak, hapis, para ve diğer cezalar ile güvenlik tedbirleri ve cezaların infazının düzenleniş biçimi ele alınarak incelenmiştir.

1. Cezalar

İkinci Fasılda, 16. maddeden 33, maddeye kadar cinayet suçlarında öngörülen cezaların türleri düzenlenmiş idam, kürek cezası, kalebentlik, sürgün, cezaları düzenlenmiştir. Kanunda cezalar 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunundan mülhem hapis cezaları,¹¹⁶ para cezaları ve bunların dışında artık çağdaş ceza hukukunda kabul görmeyen bir kısım cezalar düzenlenmiştir.

a) Hapis Cezaları

Üçüncü Fasılda cünha ve kabahatlerde verilen hapis, cezaları düzenlenmektedir. Hapis cezaları Kanunda kabahatler için 24 saatten bir haftaya kadar hapis cezası olarak düzenlenmiş iken cünhalar için ise bir haftadan ziyade olarak belirlenmiştir. Üst sınırı ilişkin azami bir miktardan bahsedilmemiş ceza miktarları her bir suç bakımından ayrıca 40. Maddede düzenlendiğı gibi beş yıldan on yıla kadar hapis cezası olarak belirlenmiştir.¹¹⁷

b) Para Cezaları

Üçüncü Fasılda cünha ve kabahatlerde verilen para cezaları düzenlenmektedir. Para cezası Kanunda asli, feri ve mütemmim olarak düzenlenmiştir. Para cezaları genellikle kabahatlerde asli, cünhalar da bazen feri, cinayetlerde ise bazen mütemmim olarak hükmolun-

116 GÖKCEN Ahmet; Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Cezai Müeyyideler, s.92

117 GÖKCEN Ahmet; Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Cezai Müeyyideler, s.46.

maktaydı. Para cezaları alt ve üst sınırları belirtildiği gibi katları şeklinde de düzenlenmiştir.¹¹⁸

c) Diğer Cezalar

Artık bu gün çağdaş ceza hukukunda benimsenmeyen ya da artık düzenlemesi bulunmayan birtakım suçlar için cezalar öngörülmüştür. Yol kesme suçu, kısas, mühimmat ambarı ve mahzenlerini ateşe verme suçlarında idam, kalpazanlık suçu, resmi belgede sahtecilik suçu, meskûn olmayan binaları, gemileri ve ormanları ateşe verenler hakkında kürek cezası veya kalebentlik cezası, angarya suçunu işleyen memurlara sürgün cezaları düzenlenmiştir.¹¹⁹

2. Güvenlik Tedbirleri

Ayrıca, cezaların yanında ya da onların yerine uygulanacak olan ve bir çeşit yaptırım olan güvenlik tedbirleri vardır. Güvenlik tedbirleri suç işleyen kişi hakkında ya da suçun konusu ile veya suçun işlenmesinde kullanılan araçla ilgili olarak uygulanan, koruma veya iyileştirme amacına yönelik ceza hukuku yaptırımıdır. Güvenlik tedbiri, işlenen suçun ağırlığı ile orantılı olarak değil, tehlikelilik durumu göz önünde bulundurularak uygulanan bir ceza hukuku yaptırımıdır.

1858 tarihli Ceza Kanununda ceza hukukunun önemli müesseselerinden, suçun işlenmesinde kullanılan veya bir suçun konusunu oluşturan eşyanın ya da suçun işlenmesi suretiyle elde edilen eşyanın mülkiyetinin devlete geçirilmesini ifade eden müsadere, belli hakları kullanmaktan yasaklılık ve ömür boyu kamu görevinden mahrumiyet, güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiştir. Güvenlik tedbirlerinin Kanunda bazen tek başına bazen de ceza ile birlikte uygulanabileceği belirtilmiştir.

a) Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma

İkinci Faslın 29. maddesinde rütbe ve memuriyetten müebbeden mahrumiyet cezası güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiştir. Bu ceza

118 GÖKCEN Ahmet; Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Cezai Müeyyideler, s.51.

119 GÖKCEN Ahmet; Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Cezai Müeyyideler, s.66 vd.

Kanunda bazen tek başına bazen de ceza ile birlikte uygulanabileceği belirtilmiştir.

Kanunun 36. maddesinde cünha ve kabahat türünden eylemler için öngörülen memuriyetten çıkarma ve yasaklılık cezası güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiştir. Bu durum memur olanın memuriyetten çıkarılması ve memur olmayanın bu suçu işlemesi durumunda ise memur olamaması anlamına gelmekteydi.

Diğer bir güvenlik tedbiri de Kanunun 31 ve 32. maddelerinde düzenlenmiş olan belirli hakları kullanmaktan ve yararlanmaktan mahrumiyet cezasıdır. Bu haklar memuriyetten mahrumiyet, belediye ilgili görevlerde seçme ve seçilme haklarından yararlanamama, öğretmenlik ve vasilik, şahitlik yapamama ve silah taşıma hakkından yararlanamama şeklindeki mahrumiyetlerdi. Bu cezalara bazen asli bazen de mütemmim ceza olarak hükmedilmekteydi.¹²⁰

b) Müsadere

Birinci Fasılın 12. maddesinde müsadereye ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Cinayet ve cünha yoluyla elde edilen veya bu suçların işlenmesinde kullanılan veya kullanılmak üzere bulunan eşyanın müsadere edileceği belirtilmiştir.

c) Çocuklara Özgü Güvenlik Tedbirleri

Kanunun 40 maddesinde yer alan düzenlemeye göre suçun işlendiği sırada işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya davranışlarını yönlendirme yeteneği gelişmemiş olan bu suretle ceza sorumluluğu bulunmayan çocuklar bakımından güvenlik tedbiri olarak kefaletle anne ve babası veya akrabalarına teslim edileceği belirtilmiştir.

d) Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri

40. maddede ayrıca yer alan düzenlemeye göre işlediği suç bakımından kusur yeteneği bulunmayan akıl hastalarına ilişkin güvenlik

¹²⁰ GÖKCEN Ahmet; Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Cezai Müeyyideler, s.56-57.

tedbirleri öngörölmüştür. Kusur yeteneği bulunmayan akıl hastalarının kefaletle anne ve babası veya akrabalarına teslim edileceği belirtilmiştir.

e) Mükerrirler ve Özel Tehlikeli Suçlular.

Kanun, Türk ceza hukukunda tekerrür kurumu bakımından önemli bir yere sahiptir. Hukukumuzda tekerrür hakkında genel bir düzenlemenin girmesi ilk kez bu Kanunla olmuştur. Tekerrür, daha önce işlemiş olduğu bir suçtan dolayı kesinleşmiş bir kararla mahkûm olunmasından sonra, belli süreler içinde yeni bir suç daha işlenmesi durumudur. 1858 tarihli Ceza Kanunu tekerrür hakkında genel bir hüküm koymakla birlikte, bazı suçlarla ilgili hükümlerde suçun tekerrürü hâlinde verilecek cezaları da düzenlemiştir. Kanunun 8. maddesi kanunda belirtilen hâller dışında mükerrirler hakkında cezanın iki kat ağırlaştırılabileceğini hükme bağlamıştır. Bu hükümle tekerrür genel hüküm olarak bir cezada ağırlaştırıcı sebep olarak kabul edilmiştir.

3. Cezaların İnfazı

İnfaz, kesinleşmiş mahkeme kararlarının yerine getirilmesi için uyulması gereken usul ve kaidelerin tespit edildiği, başka bir deyişle mahkemeler tarafından verilmiş hürriyeti bağlayıcı cezalar, para cezaları ve güvenlik tedbirlerine ilişkin kesinleşmiş kararların ne şekilde yerine getirileceğini düzenlemektedir. Ceza hukukunda genellikle infazın özellikle hapis cezasının infazının amacının, yeniden suç işlenmesinin önlenmesi ve hükümlünün yeniden topluma kazandırılması hatta iyileştirerek yeniden topluma kazandırılması olduğu- nu söyleyebiliriz. Mahkûmiyet hükümlerinin bir türü ve belki de en önemlisi hürriyeti bağlayıcı cezalar yani hapis cezalarıdır. Hürriyeti bağlayıcı cezalar, kişi özgürlüğünü kısıtlayan, hükümlünün ceza infaz kurumuna kapatılarak özgürlüğünü kısıtlayan hapis cezalarıdır.

Kanunun 16, 34 ve devamı maddeleri ile 168 ve devamı maddelerinde bu gün artık ölkemizde bulunmayan idam cezasının, sürgün, kalebentlik, kürek cezası ve teşhir benzeri diğer cezalarla birlikte, günümüzde uygulanmakta olan hapis ve para cezasının ve güvenlik

tedbirlerinin infazının ne şekilde yerine getirileceğine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

D. Dava ve Ceza İlişkisini Düşüren Sebeplerden Af

Günümüz ceza hukukunda af, fiilin suç olma niteliğini ortadan kaldırmayan ancak sadece suç işleyen hakkında dava açma ve ceza verme hakkını düşüren yasama organı veya genellikle ölümcül hastalık veya yaşlılık gibi belirli sebeplerden dolayı devlet başkanına tanınan bir yetkinin sonucu gerçekleşen genel ve özel af niteliğinde bir işlem olarak karşımıza çıkmaktadır.

Osmanlıda tazir suçlarında padişahların, özellikle tahta çıktıklarında genellikle ve sair zamanlarda ise kullanabildikleri genel ve özel af yetkisi vardı. Bu yetki İslam hukuku teori ve uygulamasından gelen bir yetki idi. Ancak bu yetki ilk defa 1858 tarihli Ceza Kanununda yazılı bir kanun metninde düzenlenmiştir.¹²¹ Kanunun Dördüncü Faslı 47. Maddesinde, Padişaha açıkça af yetkisi tanınan durumlarda bu yetkiyi kullanabileceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir.

SONUÇ ve DEĞERLENDİRME

Sonuç olarak, 1858 tarihli Ceza Kanunu, özellikle Tanzimat ve Islahat Fermanlarıyla güvence altına alınan kişi hak ve özgürlükleri bağlamında hukuk devleti ilkesi, kanunsuz suç ve ceza olmaz ve ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkeleri ile, suç genel teorisi ve yaptırım teorisine ilişkin bir kısım temel müesseseleri çağdaş ceza hukukunun bireyi öne alan bir anlayışla Türk Ceza Hukuku içerisine ilk defa sistematik olarak yerleştirmiştir. Ayrıca Kanunun diğer önemli bir özelliği de, kanun yapım tekniği, sistematığı ve suç genel teorisi bakımından batılı anlamda hazırlanması ve Türk Ceza Hukuku sisteminin temelini oluşturması bakımından bu günkü ceza hukukumuzun gelişmesinde öncü rol oynamış olmasıdır.

121 BEROJE Sahip; Günümüz ve İslam Ceza Hukukunda Af, Fecr Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2013, s.32.

KAYNAKÇA

- AHMET Cevdet Paşa;** Tezâkir, 1-12, Türk Tarih Kurumu, 3. Baskı, Ankara 1991.
- AKBULUT Berrin;** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- AKÇA Gürsoy, HÜLÜR Himmet;** Osmanlı Hukukunun temelleri ve Tanzimat Dönemindeki hukuksal Yeniliklerin Sosyo-Politik Dinamikleri, Türkiyat Araştırmaları Dergisi, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, Cilt 3, Sayı 5, 2005.
- AKMAN Mehmet;** Osmanlı Ceza Hukuku Çalışmaları Üzerine Bir İcmal, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 5, 2005.
- AKGÜNDÜZ Ahmed;** 1274/1858 tarihli Osmanlı Ceza Kanunnamesinin Hukuki Kaynakları, Tatbik Şekli ve Men-i İrtikab Kanunnamesi, Belleten,Yıl: 1987, Sayı: 199.LI.
- AKGÜNDÜZ Ahmed;** Kanunnamelerdeki Ceza Hukuku Hükümleri ve Şer'i Tahlili, İslami Araştırmalar Dergisi, Cilt12, Sayı1, 1999.
- AKGÜNDÜZ Ahmed;** İslam ve Osmanlı Hukuk Külliyatı, Kamu Hukuku, Birinci Cild, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2011.
- AKGÜNDÜZ Said Nuri;** Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku Uygulaması, Rağbet Yayınları, İstanbul 2017.
- AKŞİT M.Cevat;** İslam Ceza Hukuku ve İnsani Esasları, Gümüşev Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul Temmuz 2015.
- Ahmet Cevdet Paşa;** Tezâkir, 1-12, Türk Tarih Kurumu, 3. Baskı, Ankara 1991.
- ARTUK Mehmet Emin/GÖKCEN Ahmet/ALAŞAHİN M Emin/ ÇAKIR Kerim;** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- AVCI Mustafa;** Osmanlı Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 2. Baskı, Mimoza Yayınevi, Konya 2014.
- AYDIN M.Akif;** Kanunnameler ve Osmanlı Hukukun İşleyişindeki Yeri, Osmanlı Devletinde Hukuk ve Adalet, Klasik Yayınları, 2. Baskı, Ocak 2017.
- AYDIN M. Akif/HALAÇOĞLU Yusuf;** Türkiye Diyanet Vakfı Ansiklopedisi, Cevdet Paşa Maddesi, 7. Cilt,1993, İstanbul.
- AYDIN M. Akif;** Ceza, Türkiye Diyanet Vakfı Ansiklopedisi,1993, 3. Cilt, İstanbul.
- AYDIN M. Akif;** Türk Hukuk Tarihi, 16. Basım, Beta Yayınları, Eylül 2019, İstanbul.

- AYKANAT Mehmet/AYDIN Melikşah;** Osmanlı Ceza Hukukunun Kaynakları, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukuna Giriş, Mahmud Esad Seydişehir'nin Ceza Hukuku Dersleri, Editörler Mehmet Aykanat&İbrahim Ülker, On İki Levha Yayıncılık, 1.Baskı, İstanbul, Kasım 2020.
- AYKANAT Mehmet/ ÜNAL Mustafa;** Şerh-i Kanun-I Cezanın Hukuki Değeri, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukuna Giriş, Mahmud Esad Seydişehir'nin Ceza Hukuku Dersleri, Editörler Mehmet Aykanat&İbrahim Ülker, On İki Levha Yayıncılık, 1.Baskı, İstanbul, Kasım 2020.
- AZİZ Mehmet;** Osmanlı Ceza Hukuku Mufasssal Nazariyatı Ceza, Editör Selman Dursun, Onikilevha, 1. Baskı, İstanbul 2020.
- BARKAN Ömer Lütfi;** Tanzimat Tetkiklerinin Ortaya Koyduğu Bazı Meseleler, Tanzimat I, Tanzimat Yüzüncü Yıl Münasebetiyle, Maarif Matbaası, 1940, İstanbul.
- BERKES Niyazi;** Türkiye'de Çağdaşlaşma,Yapı Kredi Yayınları, 27. Baskı İstanbul, Ekim 2018.
- BEROJE Sahip;** Günümüz ve İslam Ceza Hukukunda Af, Fecr Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2013.
- BOZKURT Gülnihâl;** Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, Osmanlı Devletinden Türkiye Cumhuriyetine Resepsiyon Süreci 1839-1939, 2. Baskı, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 2010.
- CANDAN Rabia Beyza;** 1840 Tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu İncelemesi, AndHD, 2015, C.1, S.1
- CENTEL Nur/ZAFER Hamide/ÇAKMUT Özlem Yenerer;** Türk Ceza Hukukuna Giriş, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş Onbirinci Bası, Beta Yayınevi, 2020, İstanbul.
- CİN Halil/AKGÜNDÜZ Ahmet;** Türk Hukuk Tarihi, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2011.
- ÇİMEN Ayşegül;** Ottoman Criminal Code in The Nineteenth Century; Crime and Punishment, 1858 Criminal Code and Legal Formalism, Osmanlıda Fıkıh ve Hukuk, Sakarya Üniversitesi Osmanlı Araştırmaları Merkezi, Mahya Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2017.
- DEMİRBAŞ Timur;** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 15. Baskı, Ankara 2020.
- DÖNMEZER Sulhi; ERMAN Sahir;** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt 1, 14. Bası Der Yayınları İstanbul 2016.
- DÖNMEZER Sulhi, ERMAN Sahir;** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.II, 14. Baskı, Der Yayınları, İstanbul,2019.

- EKİNCİ Ekrem Buğra;** Osmanlı Hukuku, Adalet ve Mülk, Arı Sanat Yayınları, 2. Baskı 2012.
- EKİNCİ Ahmet Buğra;** Ahmet Cevdet Paşanın Hukukçu Vechesi, Tanzimat'tan Günümüze Türk Düşüncesi, Cilt 1, Tanzimat'tan Cumhuriyete Siyasi, İdari ve Sosyal Düşünce Temsilcileri, Nobel Kitap, 1. Basım Ekim 2015.
- ENGELHARDT;** Tanzimat ve Türkiye, 2. Basım, Kaknüs Yayınları, 2017, İstanbul.
- GAYRETLİ Mehmet;** 1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanununun Kaynağı Üzerindeki Tartışmalar ve Bu Kanuna Ait Bir Taslak Metnin Bir Kısmıyla İlgili Değerlendirmeler. Kaynak; <http://www.e-akademi.org/makaleler/mgayretli-2.pdf>, (Erişim Tarihi; 01/05/2020).
- GÖKCEN Ahmet;** Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Cezai Müeyyideler, İstanbul 1989.
- GÜMÜŞ Musa;** Osmanlı Devletinde Kanunlaştırma Hareketleri, İdeolojisi ve Kurumları, Tarih Okulu, İlkbahar-Yaz 2013, Sayı XIV.
- GÜNDÜZ Mustafa;** Eğitimci Yönüyle Ahmet Cevdet Paşa, Doğu Batı Yayınları, 2. Basım Mart 2015.
- HAKERİ Hakan;** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- HALAÇOĞLU Yusuf/AYDIN M.Akif;** Türkiye Diyanet Vakfı Ansiklopedisi, Cevdet Paşa Maddesi, 7. Cilt, 1993, İstanbul.
- HEYD Uriel;** Studies in Old Ottoman Criminal Law, Oxford at The Clarendon Press, 1973
- HEYD Uriel;** Osmanlı Ceza Hukukunda Kanun ve Şeriat, Çeviren; Selahaddin Eroğlu, AÜHFD, XXVI, 1983.
- İÇEL Kayıhan;** Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Yenilenmiş 6. Bası, Beta Yayınevi, 2021 İstanbul.
- İÇEL Kayıhan/SOKULLU AKINCI Füsün/ÖZGENÇ İzzet/SÖZÜER Adem/MAHMUTOĞLU Fatih/ÜNVER Yener;** İçel Suç Teorisi, 2. Bası, İstanbul 2002.
- İNALCIK Halil;** Osmanlı Hukukuna Giriş, Örfi-Sultani Hukuk ve Fatih'in Kanunları, AÜSBFD, Cilt. XIII, Sayı 2, Ankara 1958.
- KAHVECİ Nuri;** Ana Hatlarıyla İslam Ceza Hukuku, Ensar Neşriyat, 1. Basım, İstanbul 2019.
- KANTAR Baha;** Ceza Hukuku, Ankara, 1937.
- KAYNAR Reşat;** Mustafa Reşit Paşa ve Tazminat; Türk Tarih Kurumu Basımevi, 4. Baskı, Ankara 2010.

- KİLİ Suna/GÖZÜBÜYÜK A.Şeref;** Sened-i İttifaktan Günümüze Türk Anayasa Metinleri, Türkiye İş Bankası Yayınları, 3. Bası, 2006.
- KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan;** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Eylül 2020 Ankara.
- KOŞUM Adnan;** Osmanlı Örfi Hukukunun İslam Hukukundaki Temelleri, SÜİHFD, Sayı 17.
- LEWIS Bernard;** Modern Türkiye'nin Doğuşu, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 10. Baskı, Ankara 2007.
- MARDİN Ebulula;** Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 1996.
- MILLER Ruth A;** Fıkıhtan Faşizme -Osmanlıdan Cumhuriyet'e Günah ve Suç, Ekin Yayınları, 2018.
- ÖNDER Ayhan;** Ceza Hukuku Dersleri Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.
- ÖNER Senem;** Çeviri Yoluyla Kanun Yapmak; 1858 Osmanlı Ceza Kanununun 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunundan Çevrilmesi, Yıldız Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Batı Dilleri ve Edebiyatları Anabilimdalı Diller ve Kültürlerarası Çeviribilim Doktora Programı, Doktora Tezi İstanbul 2013.
- ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar/TEPE İlker;** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2020, Ankara.
- ÖZGENÇ İzzet;** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 16. Bası, 2020.
- ÖZTOP Fatih/KARASU Demet;** Ceraimi Umumiye Cetvellerine Göre Kudüs Sancağında Hırsızlık Suçları ve Failler, ANS, Asia Minor Studies, Cilt: 5, Sayı: 10, Temmuz 2017, (<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/333648>)(Erişim Tarihi 19/03/2020)
- ÖZTÜRK Bahri/ERDEM Mustafa Ruhan;** Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayınevi, 20. Baskı, 2020 Ankara.
- PARLAR Ali/HATİPOĞLU Muzaffer;** 5237 sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teşebbüs-İştirak-İçtima ve Yaptırımlar, Kazancı Yayınları, İstanbul 2005.
- SOYASLAN Doğan;** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş 9. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020.
- ŞENTOP Mustafa;** Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku, Birinci Baskı, İstanbul, 2004.

- ŞENTOP Mustafa;** Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, Cilt: 3., Sayı 5, İstanbul 2005.
- ŞİMŞİRGİL Ahmet/ EKİNCİ Ekrem Buğra;** Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelleden Düsturlar, IQ Kültür Sanat Yayıncılık, Gözden geçirilmiş 8. Baskı, İstanbul 2018
- TANER Tahir;** Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku, Tanzimat I, Tanzimat'ın Yüzüncü Yıldönümü Münasebetiyle, Maarif Matbaası, İstanbul 1940.
- ÜÇÖK Coşkun/MUMCU Ahmet/BOZKURT Gülnihal;** Türk Hukuk Tarihi, Tamamen Yenilenmiş ve Tekrar Gözden Geçirilmiş 20. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018
- ÜÇÖK Coşkun/MUMCU Ahmet;** Türk Hukuk Tarihi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Üçüncü Baskı, Ankara, 1982.
- ÜÇÖK Coşkun;** Türk Hukuk Tarihi Dersleri, 5. Baskı, Ankara 1972.
- ÜÇÖK Coşkun;** Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler, AÜHFD, III/I, 1946.
- ÜNVER Yener;** Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.
- UYSAL Ahmet/BOZKURT Nurgül;** Crime in The Late Ottoman Empire, Research Journal of Social Sciences, s.3. 2008.
- VELDET Hıfzı;** Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat, Tanzimat'ın Yüzüncü Yıldönümü Münasebetiyle, Maarif Matbaası, İstanbul 1940.
- YAKUT Esra;** Tanzimat Dönemine Kadar Osmanlı Hukukunda Taziri Gerektiren Suçlar ve Cezaları, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, Sayı 2, 2006 (Güz).
- YILMAZ Yasin;** Son Dönem Osmanlı Hukuk Düşüncesi, Batıcı Perspektiften Bir İnşa Denemesi, Bir Yayıncılık, Birinci Baskı 2018.
- YURTCAN, Erdener;** Terörle Mücadele Yasası, Cumhuriyet, 20.05.1991.
- YURTSEVEN Yılmaz;** Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesi Çerçevesinde İslam Ceza Hukukunda Örfi Hukukun Yeri ve Osmanlı Uygulaması, İslam Ceza Hukuku, Uluslararası Hukukçular Birliği, Tebliğler Kitabı Cilt 2, Lale Yayıncılık, Nisan 2017.

KAMU GÖREVLİSİNE KARŞI GÖREVİNDEN DOLAYI HAKARET SUÇU İLE DEVLETİN YARGI ORGANLARINI, ASKERİ, EMNİYET TEŞKİLATINI ALENEN AŞAĞILAMA SUÇU ARASINDAKİ İLİŞKİ ÜZERİNE BİR İNCELEME*

Özge DEMİR**

Özet

Devletin yargı organlarını, askeri ve emniyet teşkilatını alenen aşağılama suçu, devletin egemenlik alametlerine ve organlarının saygınlığına karşı suçlar başlığında, TCK'nın 301. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm ile devletin saygınlığının korunması amaçlanmıştır. Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret suçu ise, şerefe karşı suçlar başlığı altında hakaret suçunun nitelikli hali olarak 5237 sayılı TCK'nın 125. maddesinin 3. fıkrasının a bendinde düzenlenmiştir. Halbuki kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret suçunda, korunan hukuki değer kişinin şerefi değildir; devletin saygınlığıdır. Korunan hukuki değer bağlamında 5237 sayılı TCK'nın 301. maddesi ile 5237 sayılı TCK'nın 125. maddesinin 3/a bendinde düzenlenen suç arasında sıkı bir ilişki olduğu açıktır. Söz konusu makale, iki suçu birbirinden ayırmak için, failin içinde bulunduğu somut olayın koşullarının, ifadenin özelliğinin ve ifadenin yöneldiği kişinin incelenmesi gerektiğini belirtmektedir. Böylelikle, ifadenin kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret suçu mu ya da devletin yargı organlarına, askeri ve emniyet teşkilatının bütününe yönelik genel olarak aşağılama suçu mu olduğu

* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 14/05/2021. İlk hakem raporu tarihi: 16/07/2021. İkinci hakem raporu tarihi: 08/09/2021.

** Avukat, İstanbul Barosu, Yeditepe Üniversitesi SBE Kamu Hukuku Doktora Programı Öğrencisi, ozge.demir1@std.yeditepe.edu.tr, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-7854-7186

ayrıt edilebilir. Makale ayrıca bu çıkarımın dayandığı Yargıtay kararlarını da içermektedir.

Anahtar Kelimeler: Hakaret, İfade Özgürlüğü, Siyasi Eleştiri Hakkı, Yargı Organlarını Alenen Aşağılama, Askeri ve Emniyet Teşkilatını Alenen Aşağılama, Kamu Görevlisine Karşı Görevinden Dolayı Hakaret

AN EXAMINATION ON THE RELATIONSHIP BETWEEN INSULTING AGAINST A PUBLIC OFFICER AND PUBLICLY DEGRADING JUDICIAL BODIES, MILITARY, SECURITY ORGANISATIONS OF THE STATE

Abstract

Publicly degrading judicial bodies, military, security organizations of The State is regulated in the 301st article of the Turkish Penal Code which under title of Offences Against The Symbols of State Sovereignty and the Reputation of Its Organs. 301st Article of Turkish Penal Code aimed to protect the reputation of the state.

Offences of insulting against a public officer due to the performance of her public duty is regulated in the article 125/3-a paragraph of the Turkish Panel Code which under of title offences against dignity. In fact, Insult is committed against a public officer due to the performance of her public duty doesn't protect the honor of the person; it protects the dignity of the state. According to the protected legal value, it is clear that there is a close relationship between 301st article and 125/3-a article of the Turkish Panel Code. Separating these crimes, the article states that circumstances of the perpetrator and the nature of the testimony must be examined. In addition, this article states that the person to whom the statement is directed must be determined. The article also includes court decisions on which this inference is based.

Keywords: Insult, Freedom of Expression, Political Criticism, Publicly Degrading Judicial Bodies, Publicly Degrading Security Organizations of The State, Against A Public Officer Due to The Performance of Her Public Duty

GİRİŞ

Türkiye'nin uzun süreden beri içinde bulunduğu siyasi ve ekonomik kriz, toplumda ciddi bir tepkiye yol açmıştır. Bu tepkinin ifade edilmesi, bugün çok ciddi sınırlamalara tabidir. Hatta salgının yarattığı sarsıcı düzende, bu tepkilerin dile getirilmesi için uygun olan tüm koşullar ortadan kaldırılmıştır. Düşüncelerini dışa vuran kişilere, hakaret, kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret, halkın ve düşmanlığa tahrik, cumhurbaşkanına hakaret, devletin egemenlik alametlerini aşağılama, Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti devletini, devletin kurum ve organlarını aşağılama gibi suçlar isnat edilmektedir. Kuşkusuz, ifade özgürlüğünün bu ölçüde kısıtlanması hem siyasi hem de hukuki olarak dikkati bu kapsamdaki suçlara çekmiştir.

Bu bağlamda, makale, ifade özgürlüğünün istisnası olan suçlardan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 125. maddesinin üçüncü fıkrasının a bendinde yer alan kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret suçu ile 5237 sayılı TCK'nın 301. maddesinde yer alan devletin yargı organlarını, askeri ve emniyet teşkilatını alenen aşağılama suçları arasındaki ilişkiye odaklanacaktır. 5237 sayılı TCK'nın 301. maddesi Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini de suçun konusu olarak saymışsa da makale kapsamında kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret suçu ile ilişki kurabilmek amacıyla suçun konusu olarak sadece devletin yargı organları, askeri ve emniyet teşkilatı incelenmiştir.

Söz konusu suçların koruduğu hukuki değer, maddi unsuru, manevi unsuru, faili, mağduru, suçun özel görünüş biçimleri ve hukuka aykırılık unsuru inceledikten sonra nihayetinde suçlar arasındaki ilişki değerlendirilecektir ve bu ilişkiyle ilgili Mahkeme kararlarından örnekler verilecektir.

1- KAMU GÖREVLİSİNE KARŞI GÖREVİNDEN DOLAYI HAKARET SUÇU

Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret suçu 5237 sayılı TCK'nın "şerefe karşı suçlar" başlıklı bölümünün 125. maddesi-

nin 3. fıkrasının a¹ bendinde, hakaret suçunun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir.

Söz konusu suçun, metodoloji bakımından yanlış yerde düzenlendiğini açıktır. İlgili suçla korunan hukuki değer, mağdurun şerefi değildir². Bilindiği üzere, şeref, kişinin hem iç dünyasındaki hem de dış dünyadaki onurunu ifade etmektedir³. Halbuki kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret suçunda, kanun koyucunun vurguladığı husus söz konusu hakaretin, kişinin görevinden dolayı yapılmış olmasıdır; aslında korunan hukuki değer devletin saygınlığıdır⁴. Gerçekten de bu suçun, suçla korunan hukuki değer bakımından “Devletin Egemenlik Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenmesi gerekirdi⁵. 765 Sayılı TCK’da isabetli olarak kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret suçu “Resmi Sıfatı Haiz Olanlar Aleyhinde Cürümler” başlığında dü-

1 5237 sayılı TCK’nın hakaret başlıklı 125. maddesi:

(1) Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden (...) (1) veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için fiilin en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi gerekir.

(2) Fiilin, mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkra da belirtilen cezaya hükmolunur.

(3) Hakaret suçunun;

a) Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı,

b) Dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı,

c) Kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle, işlenmesi halinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz.

(4) (Değişik: 29/6/2005 – 5377/15 md.) Hakaretin alenen işlenmesi halinde ceza altıda biri oranında artırılır.

(5) (Değişik: 29/6/2005 – 5377/15 md.) Kurul hâlinde çalışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı hakaret edilmesi hâlinde suç, kurulu oluşturan üyelere karşı işlenmiş sayılır. Ancak, bu durumda zincirleme suça ilişkin madde hükümleri uygulanır.

2 Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 2008/170 Esas, 14/10/2008 tarihli ve 2008/220 sayılı kararında da belirtildiği üzere “TCK’nın 125. maddesinde yer alan hakaret fiilinin cezalandırılmasıyla korunan hukuki değer, kişilerin şeref, baysiyet ve namusu, toplum içindeki itibarı, diğer fertler nezdindeki saygınlığı olup, bu suçun oluşabilmesi için, davranışın kişiyi küçük düşürmeye matuf olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Somut bir fiil ya da olgu isnat etmek veya sövmek şeklindeki seçilmiş bareketlerden biri ile gerçekleştirilen eylem, bireyin onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte ise hakaret suçu oluşacaktır.”

3 HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem; *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, Us-a yayıncılık, Ankara, 2016, s. 236.

4 SOYASLAN, Doğan; *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin yayınları, Ankara, 2020, s. 340.

5 TOROSLU Nevzat; *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 1. Bası, Savaş yayınevi, Ankara, 2005, s. 102.

zenlenmiştir⁶. Söz konusu suç, devletin saygınlığını koruması nede-
niyle şikayete bağlı değildir, re'sen soruşturulur.

Söz konusu suçun faili bakımından ise aranan herhangi bir özel-
lik bulunmamaktadır, herkes tarafından bu suç işlenebilir⁷. Suçun
mağduru ise kamu görevlisidir. TCK'nın 6. maddesinin c fıkrasında
kamu görevlisi *"kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçil-
me yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak
katılan kişi"* olarak tanımlanmıştır. Söz konusu tanımın kamu görev-
lisi kavramını oldukça genişlettiği açıktır⁸. Burada dikkat edilmesi
gereken husus kamusal faaliyete ihale yoluyla katılan kişinin kamu
görevlisi olarak tanımlanmamasıdır⁹. Ayrıca kamu görevlisine karşı,
görevinden dolayı hakaret edilmesi yeterli olmayıp, söz konusu gö-
revin yasalarla verilen bir görev olması gerekir¹⁰.

Hakaret içeren ifadede mağdur kamu görevlisinin kimliği açıkça
belirtilmeyebilir. Bu halde, TCK'nın 126. maddesi¹¹ uyarınca, söz
konusu ifadeden veya somut olayın koşullarından mağdur kamu gö-
revlisinin kimliğinin kuşkuyla yer vermeyecek ölçüde anlaşılır olması
gerekir.

Hakaret fiili, kamu görevlisi olan mağdurun yüzüne karşı veya te-
lefon, telgraf, mektup, resim, mail vasıtaları ile işlenmesi halinde hu-
zurda hakaret edilmiş olur. Belirtmek gerekir ki söz konusu suçun

6 765 sayılı TCK'nın "Resmi sıfatı haiz olanlar aleyhinde cürümler" başlıklı 266. maddesinde düzenlenmiştir.

Madde 266 - (1/3/1926 tarih ve 765 sayılı Kanunun hükmüdür.) Bir kimse resmi sıfatı haiz olan bir memurun huzurunda ve ifa ettiği vazifeden dolayı şeref ve şöhretine veya vekar ve haysiyetine kavlen veya fiilen taarruz ve hakarete bulunursa aşağıda gösterilen suretlerle cezalandırılır.

7 EROĞLU, Fulya Erman/EVİK, Ali Hakan/YILDIZ, Ali Kemal/İNCEOĞLU, Asuman Aytekin/ZAHER, Hamide/ALTUNÇ, Sinan/ERMAN, Barış/AKYÜREK, Güçlü/AKSOY, Eylem Retornaz/BAYRAKTAR, Köksal/SINAR, Hasan/KİZİROĞLU, Serap Keskin; Özel Ceza Hukuku, Cilt: 3, On İki Levha yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 428.

8 AYDIN, Hüseyin; Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:68, Sayı: 2010/1, s. 118.

9 MALKOÇ, İsmail; Açıklamalı-İçtibatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, Cilt: 1, Ankara, 2007, s. 26.

10 ARTUK, M. Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, Emin/ ÇAKIR, Kerim; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet yayınevi, Ankara, 2019, s. 496.

11 5237 Sayılı TCK'nın mağdurun belirlenmesi başlıklı 126. maddesi
"(1) Hakaret suçunun işlenmesinde mağdurun ismi açıkça belirtilmemiş veya isnat üstü kapalı geçirilmiş olsa bile, eğer niteliğinde ve mağdurun şahsına yönelik bulunduğu duraksan-
mayacak bir durum varsa, hem ismi belirtilmiş ve hem de hakaret açıklanmış sayılır."

gerçekleşmesi için kamu görevlisinin huzurunda veya görevini yaptığı sırada suçun işlenmesi gerekmez¹². Pek tabi kamu görevlisine huzurunda hakaret edilmediği takdirde ihtilat şartının gerçekleşmesi, başka bir ifadeyle mağdurun gıyabında hakaret edilmesi halinde failin cezalandırılabilmesi için fiilin en az üç kişiye ulaştırılmış olması gerekir¹³.

Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret suçu, kamu görevlilerinden oluşan bir kurula karşı da işlenebilir. “Örneğin kendisi *bakkında mahkûmiyet hükmü veren ağır ceza mahkemesi üyelerine bu nedenle hakaret eden fail kurulu oluşturan bütün üyelere karşı hakaret etmiş sayılacaktı*¹⁴.” Ancak bu halde 5237 sayılı TCK’nın 125. maddesinin 5. fıkrası uyarınca, 5237 sayılı TCK’nın 43. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan aynı neviden fikri içtima hükümleri uygulanacağı belirtilmiştir. Burada kanundan doğan bir zincirleme suç hali düzenlenmiştir¹⁵.

Bilindiği üzere, 765 sayılı TCK’dan farklı olarak 5237 sayılı TCK’da sövme ve hakaret arasındaki fark kaldırılarak, aynı suçta seçimlik hareket olarak düzenlenmiştir¹⁶.

Hakaretin olgu veya fiil isnadı ile gerçekleştirilmesi halinde, isnadın somutlaştırılması, bir olaya ilişkin, olayı teşhise yetecek ölçüde yer, konu veya zamana ilişkin bilgileri içermesi gerekir. Elbette, söz konusu isnadın hakaret sayılması için tarafların sosyal durumu ve geçmişi de önemlidir. Örneğin, aynı zamanda politikacı olmayan bir kamu görevlisine “iki yıldır rüşvet alıyorsun” denilmesi, isnadın ispatlanamaması halinde hakaret suçunu oluşturur.

12 ARISOY, Mine; *Hakaret*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 72, 2007, s. 179.

13 GÜRDOĞAN, Özkan; *Hakaret Suçu*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2012, s. 71.

14 AYDIN, Devrim; *Türk Ceza Kanunu’nda Hakaret Suçu*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Armağan Özel Sayısı, Cilt: 19, Sayı: 2, Yıl: 2013 (Özel Sayı), s. 905.

15 HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem; *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Us-a yayıncılık, Ankara, 2016, s. 243.

16 ARISOY, Mine; s. 162; TÜRAY, Aras/ERDOĞAN, Irmak; *Gıyapta Hakaret Suçunda İhtilat Unsuru*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, Cilt:21 Özel Sayı, 2019, s. 1334. ÖZBEK, Özer Veli/DOĞAN, Koray/BACAĞSIZ, Pınar; *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin yayıncılık, Ankara, 2019, s. 508. YENİTÜR, Selda; *Hakaret ve Sövme Suçları*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Ceza Hukuku) Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2011, s. 11. Hakaret ve sövme arasındaki ayrımın kaldırılması tutarsız olduğunu savunan görüş de vardır. HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem; s. 223-224;

Sövmeye ise somut olgu veya fiil isnad etmeksizin söz, yazı, resim ve diğer tüm eylemler ile tahkir edici sözün mağdura yöneltilmesi ile gerçekleşmektedir¹⁷. Örneğin bir kamu görevlisine karşı görevinden dolayı salak, yalancı veya inek denilmesi sövmeye¹⁸ suçunu oluşturacaktır¹⁹.

Kuşkusuz neyin hakaret olduğu neyin hakaret olmadığı zamana ve tarafların yaşadığı yere göre de değişmektedir. Bu nedenle her somut olayda, ifadenin dile getirildiği koşullar da incelenmelidir.

Hakaret suçunun işlenebilmesi için genel kast yeterlidir. Yine gıyapta hakaret halinde, failin dile getirdiği ifadenin üç kişiyi muhatap aldığını da bilmesi ve istemesi gerekir. Burada gıyapta hakaret halinde üç kişinin muhatap alınması cezalandırılabilme şartı değil, suçun unsurudur²⁰. Ayrıca, mağdurun kamu görevlisi olduğunu bilmesi de suçun oluşması için aranan bir diğer şarttır.

Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret suçunda belirleyici olan, kamu görevlisinin kendisine yasalarla verilmiş olan bir fiili gerçekleştirmesi nedeniyle, failin bilerek ve isteyerek kamu görevlisine hakaret etmesidir²¹.

17 ÖZBEK, Özer Veli/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar; 2019, s.510.

18 Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2008/4-180 Esas, 23/09/2008 ve 2008/205 sayılı kararında "Olay günü sanık, emniyet müdürlüğü binası önünde nöbet tutmakta olan polis memuru mağdura hitap ettiği anlaşılacak şekilde, "yata yata para kazanıyor...fs.zler" demiştir. Sanığın söylediği sözlerin tahkir edici nitelikte olduğunda ve hakaret içerdiğinde, keza mağdur polisin kamu görevlisi olduğu hususlarında bir kuşku bulunmamaktadır. Sanığın, polislik görevine duyduğu düşmanlık ve görevin yerine getiriliş şekline yönelik olarak söylediği hakaret içeren sözler ile mağdur tarafından ifa edilen kamu görevi arasında nedensellik bağı bulunduğu açıktır. Sanığın eylemi 5237 sayılı TCY'nın 124. maddesinin 3. fıkrasının a bendindeki suça uymaktadır". Görüldüğü üzere Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında, kamu görevlisine "ş...fs.zler." demek hakaret kapsamında değerlendirmiştir, ilgili ifadenin sövmeyi oluşturduğu tartışmasızdır.

19 ÇALIŞIR, Akdemir Ayfer/ ÇALIŞIRI, Tayanç Kurtuluş; *Teoride ve Pratikte Hakaret Suçları*, 2. Baskı, Adalet yayınevi, Ankara, 2016, s. 27.

20 Buradaki gıyapta hakaret suçunun işlenmesi halinde, üç kişinin söz konusu hakareti duymasını bir cezalandırılabilme şartı olarak değerlendirirsek, failin hakimiyetinde olan bir durumu, failin hakimiyetinin, bilme ve isteme iradesinin dışına, manevi unsurunun dışına çıkarmış oluruz. Failin, gıyapta hakaret suçunu üç kişiyi muhatap almadan, örneğin sadece yüksek sesle söylemesi halinde öngöremediği neticeden failin sorumlu olması ve cezalandırılması gerekir. Söz konusu görüşün Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan kusur ilkesine aykırı olduğunu kanaatindim. Benzer görüş için, TÜRAY, Aras/ERDOĞAN, İrmak; 2019, s. 1361, DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir; *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Cilt: 2, Der yayınları, İstanbul, 2019, s. 20.

21 TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, Murat; *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 648.

Söz konusu suçun ortaya çıkması için aynı zamanda hukuka aykırılık unsurunun da gerçekleşmesi gerekir. Elbette, kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret suçu kapsamında hukuka uygunluk sebeplerinden sadece hakkın icrası olan haber verme hakkı, eleştiri hakkı ile iddia ve savunma hakkı söz konusu suçta değerlendirilmelidir.

Gerçekten de hukuka uygunluk sebeplerinden olan haber verme hakkı ve eleştiri hakkı toplumun gelişmesi açısından oldukça önemlidir. 1982 Anayasası'nın 25 ve 26. maddesinde de herkesin düşüncesini açıklama ve yayma hakkının bulunduğu belirtilmektedir. İfade özgürlüğünden herkes yararlanmaktadır ama özellikle basın söz konusu haktan çok daha fazla yararlandığı açıktır. Basının toplumun ilgilendiren konularda yapmış olduğu haberin gerçek, güncel olması, bir bağlam içinde verilmiş olması ve açıklanmasında kamu yararı bulunması halinde, haberde geçen kamu görevlisine yöneltilen ifadenin hakaret olarak değil eleştiri hakkı, ifade özgürlüğü²² kapsamında değerlendirilmesi uygun olacaktır. İfade özgürlüğünün sınırlanmasının ancak kanunla öngörülmesi, zorunlu bir toplumsal ihtiyaç sonucu doğması ve demokratik bir toplumda gerekli olması²³ koşuluyla hukuka uygun olacağı özellikle vurgulanmalıdır²⁴. Belirtmek gerekir ki bir gazetecinin başbakan gibi siyasi bir kamu görevlisine yönelik kullanmış olduğu ifadeler değerlendirilirken, gazetecinin ifade biçiminin de korunma altında olduğunu, ifade özgürlüğünü kapsamındaki suçlarda verilen cezaların, toplumu ve gazetecileri siyasi kişileri eleştirmekten caydırabileceğini de dikkate

22 Handyside / Birleşik Krallık kararıyla şöyle açıklamıştır: “İfade özgürlüğü, 10. maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen ‘haber’ ve ‘düşünceler’ için değil, ama ayrıca Devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rabatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar, çoğulculuğun, boşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz. Bu demektir ki, başka şeyler bir yana, bu alanda getirilen her ‘formalite’, ‘koşul’, ‘yasak’ ve ‘ceza’, izlenen meşru amaçla orantılı olmalıdır.” AİHM, Handyside / Birleşik Krallık kararı, Başvuru numarası: 5493/72, Karar Tarihi: 07/12/1976, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57499>.

23 AİHM, Janowski / Polonya kararı, Başvuru numarası: 25716/94, Karar tarihi: 21/01/1999. “Örneğin bir kamu görevlisinin yüzüne karşı kamuoyunu ilgilendiren konularda bir fikir alış-verişi niteliği taşımaksızın kamuya açık bir alanda ve çok sayıda kişinin önünde ‘aptal’ ve ‘bödük’ gibi ifadeler kullanılması durumunda bu hakaretin kabul edilebilir eleştiri sınırını aşacağına karar verilebilmektedir.”

24 TANJU, Erhan; AİHM Kararları Işığında İfade ve Basın Özgürlüğü, 2. Baskı, Ankara, 2017, s. 201.

almak gerekmektedir²⁵. Bu doğrultuda ifade özgürlüğünün hâkim olduğunu bir düzen kurmak gereklidir²⁶.

Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret suçunu değerlendiren dikkat edilmesi gereken bir diğer husus özellikle yargı mensuplarına karşı kullanılan ifadelerin en az korunan ifadeler olduğudur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Barford / Danimarka kararında “*Adaletin güvencesi ve hukukun üstünlüğüne dayanan bir devlette temel bir rolü olan mahkemelerin çalışmalarının baskın güvenini kazanması gerekir. Bu nedenle, yargı temelsiz saldırılara karşı korunmalıdır. Yargıçların söz konusu saldırılara cevap vermeme yükümlülüğü altında olmaları dikkate alındığında, bu durum daha da büyük önem taşır*”²⁷.” denilmiştir.

Hukuka uygunluk sebeplerinden bir diğeri ise TCK’nın 128. maddesinde²⁸ de kendine yer bulan iddia ve savunma hakkının dokunulmazlığıdır. Söz konusu haktan, yargı ve idari mercilere yazılı ve sözlü başvuruda bulunan herkes yararlanabilir. İlgili ifadenin uyumsuzlukla bağlantılı olması, isnat ve değerlendirmelerin gerçek ve somut olması gereklidir²⁹. Bu bağlamda, kamu görevlisine yönelen savunma hakkı kapsamındaki sözler de hakaret suçunu oluşturmayacaktır³⁰.

25 AİHM, Tuşalp / Türkiye kararı, Başvuru numarası: 32131/08, 41617/08, Karar tarihi: 21/02/2012.

26 İfade özgürlüğünün bir topluma hâkim olmasını sağlamak için de ifade özgürlüğünü sınırlandıran hakaret, halkı kin ve düşmanlığa tahrik, cumhurbaşkanına hakaret, suçlarının kaldırılması, Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama suçunun ise nadiren isnat edilen bir suç olması gerektiği kanısındayım.

27 AİHM, Barford / Danimarka, Başvuru numarası: 48898/99, Karar tarihi: 25/07/2001, Aktaran UYGUN, Oktay; *Devlet Teorisi*, On İki Levha yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 618.

28 TCK’nın İddia ve savunma dokunulmazlığı başlıklı 128. maddesi:

“(1) Yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnadlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması halinde, ceza verilmez. Ancak, bunun için isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakıalara dayanması ve uyumsuzlukla bağlantılı olması gerekir.”

29 AİHM, Ayhan Erdoğan / Türkiye, Başvuru numaralı: 39656/03, Karar tarihi: 13/01/2009 kararında belediye başkanına yönelik olarak dava dilekçesinde kullanılan “Dava dilekçesinde iş ilanının yayımlanış biçimi ve bunun ardında yatan gerekçelerle ilgili suçlamalar bulunmadır. Başvuran ayrıca Bingöl’e hukuk tanımaz, zalim ve yobaz yakıştırmalarında bulunması iddia ve savunmanın dokunulmazlığı kapsamında değerlendirilmiştir.

30 AİHM, Ayhan Erdoğan /Türkiye, Başvuru numarası: 39656/03, Karar Tarihi: 13/01/2009 kararında avukatın, bir belediye başkanına karşı kullanmış olduğu yobaz ifadesinin, savunma hakkı kapsamında olduğuna hükmetmiştir.

Mahkemesi, başvuranın kullandığı yobaz sözcüğünün “dini inançları diğer kimselere rabatsızlık verecek boyutta olan” “tabirîkî, kaba ve yapmacık” kişi anlamına geldiğini belirtmiştir.

Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret suçunda değerlendirilmesi gereken bir diğer husus cezayı azaltan veya cezayı kaldıran hallerdir. Bu hallerden ilki TCK'nın 127. maddesinde yer alan isnadın ispatıdır. İspat hakkının, Anayasa'nın 39. maddesinde de düzenlendiğini belirtmek gerekir ki söz konusu düzenleme kamu görevlilerine hakaret davalarında ispat hakkı ile ilgilidir. Söz konusu madde uyarınca: *"Kamu görev ve hizmetinde bulunanlara karşı, bu görev ve hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olarak yapılan isnatlardan dolayı açılan hakaret davalarında, sanık, isnadın doğruluğunu ispat hakkına sahiptir. Bunun dışındaki hallerde ispat isteminin kabulü, ancak isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunmasına veya şikayetçinin ispata razı olmasına bağlıdır."* Gerçekten de kamu görevlisine yönelik bir fiil veya olgu isnadında bulunan failin ispat hakkının kullanılması ve isnadını da ispatlaması halinde, faile ceza verilmeyecektir³¹.

Bir diğer cezayı azaltan hal TCK'nın 129/1. maddesinde düzenlenen suçun, haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi halinde verilecek ceza üçte birine kadar indirilmesi veya ceza verilmesinden vazgeçilmesidir. TCK'nın 129/2. maddesinde şahsi cezasızlık sebebi olarak düzenlenen bir diğer hal, kasten yaralama suçuna tepki olarak ilgili suçun işlenmesi durumunda ceza verilmemesidir. Son olarak, TCK'nın 129/3. maddesinde hakaret suçunun karşılıklı olarak işlenmesi halinde de cezanın üçte birine kadar indirilebileceği veya ceza vermekten de vazgeçilebileceği düzenlenmiştir.

İlgili suç bağlamında cezayı azaltan veya kaldıran haller değerlendirilirken ikili bir ayrıma gidilmesi kanaatindeyim. Gerçekten de kamu görevlisi hukuka uygun olarak bir kişiyi kasten yaralamışsa veya hukuka uygun bir şekilde fiil de bulunmuşsa, mağdurun bu harekete karşı dile getirdiği hakarete söz konusu cezayı azaltan veya kaldıran haller uygulanmayacaktır³². Zira ilk fiil zaten hukuka uygundur. Eğer kamu görevlisi hukuka aykırı olarak mağduru yaralamışsa veya haksız fiilde bulunmuşsa ve mağdur da bu nedenle kamu

31 **ONAR, Osman;** *Türk Ceza Hukukunda Hakaret Suçu*, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2016, s. 72.

32 **KAZANCI, Behiye Eker;** *Mağdurun Davranışları Ve Heyecan Halinin Ceza Sorumluluğuna Etkisi - Haksız Tabrik*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Özel Sayı, 2013, s. 1329.

görevlisine hakaret etmişse, burada da artık kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakareten söz edilemeyecektir. Zira ilk fiil zaten, kamu görevlisinin görevi kapsamında olan bir fiil değildir, bu halde genel hakaret hükümleri ve cezayı azaltan veya kaldıran haller uygulanacaktır.

Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret suçunun aleni olarak işlenmesi ise suçu ağırlaştıran bir haldir³³. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 1976/276 Esas, 1976/456 Karar ve 05/12/1976 tarihli ilamında, aleniyetin unsurunun herkesin duyabileceği, görebileceği şekilde hakaretin dile getirilmesi olarak tanımlamıştır³⁴. Bu anlamıyla, bir kişi kamu görevlisine karşı belirsiz kişi tarafından işitilebilecek şekilde hakaret etmesi halinde, suçun ağırlaştırıcı hali faile uygulanacaktır.

Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret suçu soyut tehlike suçu olduğunu vurgulamak gerekir³⁵. İfadenin kamu görevlisini rencide edebilecek nitelikte olması yeterlidir³⁶. Her ne kadar ani hareketli, neticesi harekete bitişik suç bitişik bir suç olarak adlandırılrsa da kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret suçunda icra hareketinin bölünebilmesi halinde teşebbüs mümkündür³⁷. Söz konusu suç, iştirak hükümleri açısından herhangi bir özellik taşımaz³⁸.

Daha önce de belirttiğimiz üzere, failin kamu görevlilerinden oluşan bir kurula karşı hakaret suçunu işlenmesi halinde, TCK'nın 125/5. maddesinden doğan bir zorunluk ile zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. İlgili düzenleme ile failin kastının tek tek kurul üyelerine mi yoksa kurula mı olduğu yönünde failin kastının tartışılmasının önüne geçilmiştir.

33 Yargıtay hakaret suçunun aleni işlenmesini herkese açık olan yerlerde, hiçbir sınırlama olmaksızın suçun işlenmesi olarak değerlendirmektedir. Aktaran **PEKMEZ, Tuba Keleş**; *Türk Ceza Hukukunda Hakaret Suçu (TCK 125)*, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı: 43, 2020, s. 543.

34 **SOYASLAN, Doğan**; *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 340.

35 **YARAR, Halil**; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hakaret Suçu (TCK 125-131 Maddeleri), Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli, 2010, s. 22.

36 **ÖZEN, Mustafa**; *Hakaret Suçu ve İnternet Yoluyla İşlenmesi*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 75, 2008, s. 94.

37 **ÖZBEK, Özer Veli/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar**; s. 528.

38 **SEZEN, Duygu**; *Türk Ceza Kanunu'nda Hakaret Suçu*, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya, 2016, s. 128.

Hakaret suçunun cezası ise üç aydan iki yıla kadar hapis cezasıdır, suçun kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenmesi halinde ise alt sınırın bir yıldan az olamayacağı TCK'nın 125/3-c bendinde ifade edilmiştir.

Söz konusu suç hakkında genel bilgileri verilmesinin ardından, bu suçla benzerlikleri ve farklılıkları değerlendirmek üzere devletin yargı organlarını, askeri ve emniyet teşkilatını alenen aşağılama suçlarını da inceleyelim.

2- DEVLETİN YARGI ORGANLARINI, ASKERİ VE EMNİYET TEŞKİLATINI ALENEN AŞAĞILAMA SUÇLARI

Devletin yargı organlarını, askeri ve emniyet teşkilatını alenen aşağılama suçları, TCK'nın 301. maddesi³⁹ özel hükümlerin yer aldığı ikinci kitabın “mille ve devlete karşı suçlar ve son hükümler” isimli dördüncü kısmında “Devletin Egemenlik Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenmiştir.

Suçla korunan hukuksal değer, devletin görünümü olan yargı organlarının, askeri ve emniyet teşkilatı kurumlarının soyut varlığıdır. Suçla korunan değer söz konusu kurumların otoritesidir aslında⁴⁰. Bu anlamıyla, ilgili suç ile kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret suçunda da olduğu gibi devletin saygınlığı⁴¹ korunmaktadır.

Suçun konusunu oluşturan devletin yargı organından anlaşılması gereken adli, idari ve askeri yargıdır. Aynı zamanda devletin yargı organları ifadesi savcılık makamını da kapsamaktadır⁴². Suçun konusunu yargı organının bütünüdür. Belirli bir mahkemenin hedeflen-

39 Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama (1) Madde 301- (Değişik: 30/4/2008-5759/1 md.)

(1) Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ve Devletin yargı organlarını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Devletin askeri veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır.

(3) Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.

(4) Bu suçtan dolayı soruşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır.

40 ÖZEK, Çetin; *Türk Basın Hukuku*, İstanbul Üniversitesi yayınları, İstanbul, 1978, s. 190-191.

41 SANCAR, Türkan Yalçın; *Türklüğü, Cumhuriyeti, Meclisi, Hükümeti, Adliye, Bakanlıkları, Devletin Askeri ve Emniyet Mubafaza Kuvvetlerini Alenen Tabkir ve Tezyif Suçları*, 2. Baskı, Seçkin yayıncılık, Ankara, 2006, s. 64.

42 ARTUK, M. Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, Emin/ ÇAKIR, Kerim; *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 1184

mesi, örneğin Anayasa Mahkemesi'nin aşağılanması devletin yargı organlarının aşağılanması suçunu oluşturmaz. Diğer şartların varlığı halinde, özel olarak bir mahkemede görevini gerçekleştiren kamu görevlilerine yönelik saldırı gerçekleşmesi nedeniyle TCK'nın 125. maddesinde yer alan kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret suçunun değerlendirilmesi gereklidir⁴³.

Suçun diğer konuları devletin askeri ve emniyet teşkilatıdır. 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca devletin askeri teşkilatı, *“Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri subay, askerî memur, astsubay, erbaş ve erleri ile askerî öğrencilerden teşekkül eden ve seferde ihtiyatlarla ikmal edilen, kadro ve kuruluşlarla teşkilâtı gösterilen silâhlı Devlet kuvvetidir”* ve onları temsil eden Genel Kurmay Başkanlığı'dır. Yine burada, suçun konusu deniz, kara veya hava kuvvetleri değil, bir bütün olarak Türk Silahlı Kuvvetleridir⁴⁴.

3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca, emniyet teşkilatı polis ve jandarmadan oluşmaktadır. Yine emniyet teşkilatını aşağılama suçunun konusu, tek tek birimleri değil bu birimlerinin bütünüdür⁴⁵.

İlgili suçun faili herkes olabilir⁴⁶. Suçun mağduru ise devlettir⁴⁷. Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret suçunda da fail herkes olabilir, ancak suçun mağduru kamu görevlisidir.

⁴³ ÇETİN, Erol; *Yeni Türk Ceza Yasası'ndaki Hakaret Suçları*, Seçkin yayınevi, Ankara, 2008, s. 189.

⁴⁴ Askeri Yargıtay 3. Dairesi'nin 13/07/1971 tarihli, 307/312 sayılı kararında “765 sayılı TCK'nın 159. maddesinde, aynen; ‘Devletin askeri kuvvetlerini alenen tahkir ve tezyif edenler... cezalandırılır... denildiğine göre, zikri geçen maddenin uygulanabilmesi için fiilin Türk Silahlı Kuvvetlerinin bütününe yönelmiş olması icap eder. Silahlı Kuvvetlerinin bir kısmını veya muayyen birliği veya belli mensupların tahkir ve tezyif hallerinde” kanuni unsurları mevcut ise kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret suçunun değerlendirilmesi gerekir. Aktaran ÇETİN, Erol; s. 190.

⁴⁵ ARTUK, Mehmet Emin; *Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama Suçu (5237 Sayılı TCK m. 301)*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 70, 2007, s. 230.

⁴⁶ HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem; *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, Us-a yayıncılık, Ankara, 2016, s. 304.

⁴⁷ Suçun mağdurunun devlet olduğu hususu doktrinde tartışmalıdır. Zeki Hafizoğlu ve Muharrem Özen suçun mağdurunun devlet olduğunu belirtirken (HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem; s. 304) Tuğba Keleş (KELEP, Tuğba; *Türk Ceza Kanunu m. 301'in ifade Özgürlüğü Bağlamında Değerlendirilmesi: AİHM'in Akşam Kararı Neler Düşündürüyor?*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:71, Sayı: 1, 2013, s. 760) ve Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Emin Alşahin ve Kerim Çakır (ARTUK, M. Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, Emin/ ÇAKIR, Kerim; s. 1181.) suçun mağdurunun ancak gerçek kişiler olabileceğinden bahisle mağdurun toplumu oluşturan herkes olduğunu belirtmektedir.

Suçun maddi unsurları bakımından ise, kanun koyucunun kamu görevlisine görevinden dolayı hakaret suçunun aksine hakaret ifadesini değil, aşağılama ifadesini tercih ettiği dikkat çekmektedir. Aşağılama ifadesinden anlaşılması gereken, bir şeyi gülünç hale getirme, değersiz olarak gösterme veya küçümseme anlamında gelmektedir⁴⁸. Aşağılama ifadesinin sınırı, hakarete göre daha belirsizdir ve hakareten daha aşağıda bir eşiğe de işaret etmektedir⁴⁹. Bu anlamıyla, bir ifadenin aşağılama kapsamında değerlendirilmesi, hakaret fiiline göre daha kolay olacaktır. AİHM, Sürek / Türkiye kararında, başvurucunun bir dergide yayımlanan yazısında geçen “f...t Türk ordusu”, “TC. çetesi” ifadeleri nedeniyle yazının yayımlandığı dönemi de dikkate alarak cezalandırılmasını, ifade özgürlüğünün ihlali olarak görmemiştir⁵⁰.

Yargıtay 16. Ceza Dairesi’nin 2015/7822 Esas, 2016/3700 Karar ve 31/05/2016 tarihli ilamında “...Adliye bahçesinde toplanan kalabalığa basın açıklanması okuyan sanığın, ...eli kanlı faşist polisler” şeklinde ifadeleri kullanılması TCK 301. madde kapsamında emniyet teşkilatını aşağılama suçu sayılmıştır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 2002/9-96 ve 2002/234 sayılı kararında sanığın düzenleyip basın mensuplarına dağıttığı belgede Türk Silahlı Kuvvetlerini “kendi milletine silah kullanmaktan çekinmeyen, hukuk devletini ortadan kaldırmaya çalışan, bu amaçla elindeki gücü kötüye kullanan” bir kurum olarak nitelendirmesi eleştiri boyutunu aşan, aşağılayıcı ve küçültücü değer yargısı olarak değerlendirilerek, sanığın devletin askeri teşkilatını alenen aşağılamaktan cezalandırılması uygun görülmüştür⁵¹.

Yargıtay 9. Ceza Dairesi’nin, 2004/6627 Esas, 2005/214 Karar ve 27/01/2005 tarihli ilamında belirttiği üzere failin “Türkiye Cumhuriyeti Devletinin de jandarmasının da polisinin de anasını avradını sinkaf ederim” demesi ve bu ifadesini karakolda da sürdürmesi nede-

48 KOCA, Mahmut; *Türk Ceza Kanununun 159. maddesi Üzerine Bir İnceleme*, Prof. Dr. Turhan Tüfan YÜCE Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi yayınları, İzmir, 2001, s. 579.

49 UYGUN, Oktay; s. 621.; ARTUK, M. Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, Emin/ ÇAKIR, Kerim; s. 1118.

50 AİHM, Sürek / Türkiye kararı (no:1), Başvuru numarası: 26682/95, Karar tarihi: 08/07/1999.

51 Aktaran ÇETİN, Erol; s. 237-240.

niyle devletin yargı organlarını, askeri ve emniyet teşkilatını alenen aşağıladığı kabul edilmiştir.

Aşağılama sadece yazı ile değil, müzik, sinema, tiyatro gibi düşünceleri ifade etme biçimleri yoluyla da açığa çıkabilir. Aleniyet herhangi bir elverişli araçla, birçok kişinin aşağılama fiiline şahit olması anlamına gelmektedir⁵². Söz konusu suçun gerçekleşmesi için aşağılama anlamına gelen bir ifadenin ortaya çıkması değil, aynı zamanda bu ifadenin aleniyet de kazanması kanundan doğan bir zorunluluktur. Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin 2003/2112 Esas, 2003/2098 Karar ve 18/11/2003 tarihli ilamında devletin askeri teşkilatının alenen aşağılanması suçunda, söz konusu suçun öğretmenler odasında gerçekleşmesi nedeniyle aleniyet unsurunun ne şekilde gerçekleştirildiği araştırılmadan sanığın cezalandırılmasını hukuka aykırı bulmuştur. Söz konusu suç, özel hayatın gizli alanında işlenmesi halinde suç oluşmayacaktır⁵³.

Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret suçunda aleniyet unsuru ağırlaştırıcı bir neden olarak düzenlenmişken, TCK'nın 301. maddesinde aleniyet, suçun bir unsuru olarak düzenlenmiştir⁵⁴. Pek tabi, suçun mağdurunun devlet olması nedeniyle, devleti temsil eden kimsenin huzurunda olup olmadığı söz konusu suç için bir tartışma konusu değildir.

Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret suçunda olduğu gibi devletin yargı organını, askeri ve emniyet teşkilatını alenen aşağılama suçu da genel kast ile işlenebilir, failin devletin yargı organlarını, askeri ve emniyet teşkilatını aşağıladığını bilmesi ve istemesi yeterlidir; özel kast gerekmez⁵⁵.

52 **ERMAN, Sahir**; *Hakaret ve Sövme Suçları*, 2. Baskı, İstanbul, 1989, s. 200.

53 **HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem**; s. 307.

54 **CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem**; *Kişilere Karşı Suçlar*, Cilt:1, Beta yayınevi, İstanbul, 2017, s. 233.

55 **ARTUK, M. Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, Emin/ ÇAKIR, Kerim**; s. 1185.; **ÇETİN, Erol**; s. 192.; **HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem**; s. 309.; Doktrinde devletin yargı organları, askeri veya emniyet teşkilatının alenen aşağılanmasının özel kastla işlenebileceğini savunan yazarlar da bulunmaktadır. (**PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer**; *Ceza Hukuku ve Özel Hukukta Hakaret Suçları ve Tazminat Davaları*, Adalet yayınevi, s. 478.) Murat Ceyhan söz konusu suçun işlenmesi için özel bir kastın aranmasının ifade özgürlüğünü genişleteceğini savunmaktadır. **CEYHAN, Murat**; *Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama Suçu (TCK m. 301)*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Cilt: 19, Sayı: 2, 2013, s. 1795.

TCK'nın 301. maddesi bakımından değerlendirilmesi gereken bir diğer husus hukuka aykırılık unsurudur. Örneğin, “askeri kuvvet değil, eşkiya sürüsü, aşağılık Türk yargısı” şeklindeki düşünce açıklamaları, devletin yargı organlarını ve askerini aşağılama fiilini oluşturmaktadır⁵⁶. Kanun koyucu 301. maddenin 4. fıkrasında eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamasının suç oluşturmayaacağı belirtilmiştir. Kuşkusuz ilgili fıkra olmasaydı da aksi düşünülemezdi. Kanun koyucunun söz konusu fıkrayı hükme eklemesinin sebebi olsa olsa, aksinin hâkim olması nedeniyle ifade özgürlüğüne vurgu yapmak istemesidir. Söz konusu suç için de ifadelerin 1982 Anayasası'nın 25 ve 26. maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesi uyarınca koruma altında olduğunu vurgulamak gerekir. Gerçekten de Venedik Komisyonu da TCK'nın 301. maddesinin açık ve belirli hale gelecek şekilde düzenlenmesini ayrıca sadece şiddete çağrı yapılan ifadeler bakımından kullanılması gerektiğini belirtmiştir⁵⁷.

Söz konusu suç sırf hareket suçu olduğundan, aşağılama içeren sözlerin aleni bir şekilde dile getirilmesi ile birlikte suç oluşacaktır. Bununla birlikte söz konusu suçun, kamu görevlisine görevinden dolayı hakaret suçu gibi tehlike suçu olduğunu da belirtmek gerekir⁵⁸.

Kamu görevlisine hakaret suçunda olduğu gibi, bu suçta da icra hareketinin bölünebilmesi halinde suça teşebbüs mümkündür. Ancak failin yazmış olduğu kitabın yargı organlarını, askeri ve emniyet teşkilatını alenen aşağılayan ifadeler içermesi ve kitap henüz yayınlanamadan baskı araçlarına el konulması halinde aleniyet unsuru oluşmadığından suçun oluştuğundan bahsedilemeyecektir.

Söz konusu suç bakımından ise, kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret suçunda olduğu gibi iştirakın her şeklinin gerçekleşmesi mümkündür⁵⁹. Fail bir yazısında devletin yargı organlarını, askeri ve emniyet teşkilatını ayrı ayrı aşağılamışsa, her bir

56 HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem; s. 308.

57 Venedik Komisyonu'nun 15/03/2016 tarihli ve 831/2015 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki 216, 299, 301 ve 314. maddelerine dair görüşü için: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)002-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)002-e) Erişim Tarihi: 10.05.2021

58 ÖZEK, Çetin; *Devlete Karşı Suçlar*; İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1976, s. 197.

59 ARTUK, M. Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, Emin/ ÇAKIR, Kerim; s. 1189.

kurum için ayrı ayrı aşağılama suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir⁶⁰.

İlgili suçu işleyen fail altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Kamu görevlisine görevinden dolayı hakaret suçunda da olduğu gibi, söz konusu suç da şikâyeteye bağlı değildir. Devletin yargı organlarını, askeri ve emniyet teşkilatını alenen aşağılama suçunun soruşturulması ise Adalet Bakanlığı'nın iznine bağlıdır. Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret suçunda ise izin şartı öngörülmemiştir.

3- KAMU GÖREVLİSİNE KARŞI GÖREVİNDEN DOLAYI HAKARET SUÇU İLE DEVLETİN YARGI ORGANLARINI, ASKERİ, EMNİYET TEŞKİLATINI ALENEN AŞAĞILAMA SUÇU ARASINDAKİ İLİŞKİ ÜZERİNE

Açıklamaya çalıştığımız üzere, kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret suçu ile devletin yargı organlarını, askeri ve emniyet teşkilatını alenen aşağılamak suçu arasında oldukça yakın bir ilişki bulunmaktadır. Her iki suç da devletin saygınlığını korumaktadır. Her iki suçun da fail herkes olabilir.

Suçlarda geçen aşağılama ve hakaret ifadeleri birbirinden farklı olsa da ayırt edilmeleri güçtür. Suçların işlenmesi için genel kast yeterlidir. Bununla birlikte suçun özel görünüş biçimleri açısından da TCK 125/5. fıkrasında yer alan kurul üyelerine hakaret halinde kanundan doğan zincirleme suç hükümlerinin uygulanması istisnası dışında bir fark da yoktur. Suçun aleni olarak işlenmesi ise devletin yargı organlarını, askeri ve emniyet teşkilatını alenen aşağılama suçu açısından suçun unsuru iken, kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret suçunda suçun nitelikli halidir.

İki suç arasındaki ayrım aslında mağdurun tespitinde ortaya çıkmaktadır. Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret suçunda, suçla korunan hukuki değer devletin saygınlığı olsa da suçun mağduru, hakarete maruz kalan kamu görevlisidir. Halbuki, devletin yargı organlarının, askeri ve emniyet teşkilatını alenen aşağıla-

⁶⁰ SANCAR, Türkan Yalçın; s. 235.

ma suçunda mağdur devlettir. Burada failin ifadeyi belli bir kamu görevlisine mi yoksa kamu görevlisinin görev yaptığı yargı organlarına, askeri ve emniyet teşkilatına mı yönlendirdiği tespit edilmelidir.

Gerçekten de failin, yargılama sonucunda cezalandırılması halinde, hâkime sinkaflı sözler söylemesi kamu görevlisine hakaret mi yoksa devletin yargı organlarını aşağılama olarak mı değerlendirilecektir?

Yargıtay kararlarında failin kullanmış olduğu ifadeyi ve somut olaydaki ilişkiyi değerlendirerek, ifadenin kamu görevlisine mi yoksa yargı organlarının, askeri ve emniyet teşkilatının bütününe mi yönelik olduğunu inceleyerek suçlardan hangisinin oluştuğuna karar vermiştir.

Örneğin, Yargıtay 18. Ceza Dairesi'nin 2016/13718 Esas, 2016/15965 Karar ve 17/10/2016 tarihli ilamında: *“olay günü sanığın, mağdur kaymakamdan yardım talebinde bulunduğu, mağdur tarafından sanığa yazılı dilekçe ile başvurması gerektiğinin bildirildiği, bu esnada sanığın mağdura “lanetli devlet bana yardım etmiyor” şeklinde sözler söylediği anlaşılmıştır. Bu suretle; hakaret içeren sözler “devletin”, “adalet teşkilatının” veya “emniyet teşkilatının” bütününe kapsar bir ifade ile dile getirilmediği gibi, bu kasıtlı söylendiğine ilişkin bir delil de bulunmadığından 5237 sayılı TCY’nın 301. maddesindeki suçun unsurları oluşmamıştır.”* ifadeleri kullanılmıştır.

Yargıtay 16. Ceza Dairesi 2015/4085 Esas, 2015/4296 Karar ve 19/11/2015 tarihli ilamında: *“Sanığın, ... Üniversitesinde meydana gelen öğrenci olayları sırasında gözaltına alınan öğrenciye, ...nun tekme atması üzerine bu olaya ait fotoğrafı facebook hesabından paylaşıp tepki olarak söylediği “paylaşın ki vatan hainleri nasıl desteklenir görsün cümle alem... paylaşın ki şerefsizin basını görsün cümle alem... Ş... şfsiz emniyet ülkücülerden uzak dur” şeklindeki sözlerin gözaltı işlemi yapan ve öğrenciye tekme atan kolluk görevlilerine yönelik olduğu, Emniyet teşkilatının geneline yönelik aşağılama kastını içermediğinden eyleminin TCK’nın 125/3-a maddesinde yazılı kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret suçunun oluşup oluşmayacağı’nın incelenmesi gerektiği kanaatindedir.*

Yargıtay 9. Ceza Dairesi de 2013/2945 Esas, 2013/10640 Karar ve 09/07/2013 tarihli ilamında: *“Sanık hakkında Devletin yargı organlarını, askeri ve emniyet teşkilatını alenen aşağılama suçundan kurulan hükme yönelik yapılan temyize gelince; hakkında verilen tutuklama kararı sonrası, kararı veren hakime hitaben “adaletinizi sinkaf ederim” şeklindeki sanığın eyleminin TCK’nın 125/3-a. maddesinde yazılı kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret suçunu oluşturacağı... suç vasfında yanılğıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulmasına, sanıkların temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülümüş olduğundan, hükmün bu sebeplerden dolayı bozulmasına” karar verilmiştir.*

Yargıtay 9. Ceza Dairesi’nin 2008/10995 Esas, 2010/4198 Kararı ve 12/04/2010 tarihli ilamı da benzer şekildedir. Söz konusu kararda *“Sanığın, mahkeme hakimine hitaben şeklinde söz söylemekten ibaret eyleminin bir bütün halinde kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret suçunu oluşturacağı, ayrıca devletin yargı organlarını alenen aşağılama suçunun oluşmayacağı gözetilmeden eylemin değışen vasfı nedeniyle yazılı gerekçe ile mahkumiyetine karar verilmesi; bozmayı gerektirmiş, sanığın temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülümüş olduğundan, hükmün bu sebepten dolayı bozulmasına” karar verilmiştir.*

Yine, Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 2008/4-170 Esas ve 2008/220 Karar sayılı ilamında: *“ben böyle devletin, böyle emniyetin, böyle adaletin a....a koyarım” sözlerine gelince; burada kastedilen ve kendisinden rahatsızlık duyulan, kurum olarak “devletin”, “Emniyet teşkilatının” veya “adalet teşkilatının” bizatihi kendisi değil, mağdur polis memurları tarafından kamu görevlisi sıfatıyla ifa edilmeye çalışılan kamu görevidir; bu anlamda sinkaflı sözler de sonuç olarak “devlete, Emniyet teşkilatına veya adalet teşkilatına” yönelik olarak değil, o sırada muhatap durumda olan mağdur polis memurlarına yönelik olarak söylenmiştir; başka bir açıdan bakıldığında da; ortalık yerde açıklanan şekilde icra edilen sövme fiili, mevcut pozisyon itibarıyla o sırada devlet otoritesini hakim kılmaya çalışan mağdur polis memurlarını vatandaş karşısında incitecek, küçük düşürecek ve mağdurların bu sözlerden alınmalarını gerektirecek niteliktedir. Başka bir deyişle, hakaret içeren sözler “devletin”, “adalet teşkilatının” veya “Emniyet teşkilatının” bütünüünü kapsar bir ifade ile dile getirilmediğı gibi, bu ka-*

sılla söylendiğine ilişkin bir delil de bulunmadığından 5237 sayılı TCY. nun 301. maddesindeki suçun unsurları oluşmamıştır.”

Yargıtay 2. Ceza Dairesi’nin 2012/3048 Esas, 2013/27660 Karar ve 26/11/2013 tarihli ilamında “Sanığın, kendisine Kababatler Yasası uyarınca idari para cezası yazan görevli jandarma tim komutanına “ceza yazmayın” dediği, tim komutanının olumsuz cevap vermesi üzerine “Ben böyle devleti sinkaf edeyim” şeklinde söylediği sözlerin küll halinde aralarında tartışma geçen mağdur Tim Komutanına yönelik olduğu özel kasıt unsuru taşımadığı bu nedenle eylemin TCK’nun 301. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceği anlaşıldığından... dosya içeriğine göre sair temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.”

Yargıtay 4. Ceza Dairesi’nin 2012/35210 Esas, 2015/4894 Karar ve 17/02/2014 tarihli ilamında “Kaybolan kardeşinin bulunamadığı kanaatinde olan sanığın, jandarma karakolu önünde nöbet tutan askere yönelik “şerefsiz berifler; polis de aynı b.k, jandarma da, hepsinin anasını sinkaf edeyim...” biçimindeki sözlerinin, TCK’nın 125/1-4 maddesinde öngörülen suçu oluşturması ve Adalet Bakanlığı’nın, eylemin TCK’nın 301. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceğinden “soruşturma izni verilmesine yer olmadığına” şeklindeki kararı karşısında, genel hükümlere göre yargılamaya devam edilerek davanın sonuçlandırılması gerektiği gözetilmeden, “yargılama yapmanın Adalet Bakanlığı’nın izin şartına bağlı olduğu, ancak Bakanlık tarafından farklı değerlendirme yapılarak yargılama izni yönünden karar verilmediği” şeklindeki, dosya içeriğine uymayan gerekçeyle, düşme kararı verilmesi gerektiğine” karar verilmiştir.

Ayrıca failin, devlete ve belediye başkanına yönelik sinkaflı sözleri ayrı ayrı TCK’nın 301. maddesinde ve TCK’nın 125/3-a bendinde yer alan suçları oluşturabilir. Bu halde, fail iki suçtan ayrı ayrı ceza almalıdır. **Yargıtay 4. Ceza Dairesi’nin 2013/4485 Esas, 07/01/2015 Karar ve 2015/343 tarihli ilamında** “Sanığın, alkollü olarak sokak ortasında “devletinde, belediyenin de ...” şeklindeki sözlerle sinkaflı hakaret ettiğinden babisle belediye başkanlığı mağdur olarak kabul edilerek TCK’nın 125. maddesi uyarınca ceza verilmiş ise de; TCK’nın 301. maddesinde sayılan hükmi şahsiyetler dışında hakaret eyleminin suç olarak kabul edilemeyecek olması karşısında, bu eylemin anılan Ka-

nunun 301/1. maddesi kapsamındaki suçu oluşturup oluşturmayacağı tartışılarak, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerektiğinin gözetilmemesi, Kanuna aykırı ve sanık M.. Ö. ve O Yer Cumhuriyet Savcısının temyiz nedenleri yerinde görüldüğünden tebliğnameye uygun olarak hükmün bozulmasına” karar verilmiştir.

Görüldüğü üzere Yargıtay failin içinde bulunduğu somut olayda kamu görevlisi ile ilişkisi nedeniyle kamu görevlisini kastederek hakaret içeren ifadelerin kullanılmasını kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret suçu kapsamında değerlendirmiştir. Failin, yargılama sonucunda cezalandırılması sonucunda hâkime sinkaflı sözler söylemesi halinde söz konusu davranışı kamu görevlisine hakaret olarak değerlendirilecektir. Benzer şekilde, alkollü araba kullanan failin, alkol muayenesi yapmak isteyen polise yönelik sinkaflı sözler söylemesi de emniyet teşkilatını alenen aşağılama değil, görevini yapan kamu görevlisine görevinden dolayı hakaret suçunu oluşturacaktır.

Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 2001/538 Esas, 2001/874 Karar ve 22/03/2001 tarihli ilamında⁶¹ sanığın cumhuriyet savcısına yönelik söylediği sözlerin, sadece ifadenin yöneldiği savcıya değil, savcılık makamına, tüm savcılara yönelik olduğunu tespit ederek, sanığın yargı organlarını aşağılama suçunu işlediği kanaatine varmıştır.

Nitekim, Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 1995/4208 Esas, 1995/6046 Karar ve 22/11/1995 tarihli ilamında adliyenin manevi şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif suçunun işlendiğine hükmedilmesi için failin hangi sözleri sarf ettiğinin ve muhatabının kim olduğunun tespit edilmesinin gerekli olduğu belirtilmiştir.

SONUÇ

Açıklamaya çalıştığımız üzere, kamu görevlisine görevinden dolayı hakaret suçu ile devletin yargı organlarını, askeri ve emniyet teşkilatını alenen aşağılamak suçu arasında oldukça yakın bir ilişki bulunmaktadır. Herkes tarafından işlenebilen her iki suçta korunan hukuki değer devletin saygınlığıdır. Her iki suç da sırf hareket suçu

61 Aktaran ÇETİN, Erol; s. 242.

olup, soyut tehlike suçlarıdır. Suçların işlenebilmesi için genel kast yeterlidir. Kuşkusuz aşağılama suçu, hakaret suçundan daha aşağı bir eşiğe işaret etmektedir. Suçun özel görünüş biçimleri açısından TCK'nın 125/5. fıkrasında yer alan kurul üyelerine hakaret halinde kanundan doğan zincirleme suç hükümlerinin uygulanması istisnası dışında iki suç arasında bir fark bulunmamaktadır. Aleniyet unsuru kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret suçunda suçun ağırlaştırıcı hali olarak düzenlenmişken, devletin yargı organlarını, askeri ve emniyet teşkilatını alenen aşağılama suçunda suçun unsurudur. Ayrıca hukuka uygunluk sebepleri bakımından hakkın icrası kapsamında basın özgürlüğü, iddia ve savunmanın dokunulmazlığı ve eleştiri hakkı her iki suç için de aynı koşullarda hayat bulmaktadır.

İki suç arasındaki ayrım aslında mağdurun tespitinde ortaya çıkmaktadır. Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret suçunda, suçla korunan hukuki değer devletin saygınlığı olsa da suçun mağduru, hakarete maruz kalan kamu görevlisidir. Halbuki, devletin yargı organlarının, askeri ve emniyet teşkilatını alenen aşağılama suçunda mağdur devlettir. Burada failin ifadeyi belli bir kamu görevlisine mi yoksa kamu görevlisinin görev yaptığı yargı organlarına, askeri ve emniyet teşkilatına mı yönlendirdiği tespit edilmelidir. Failin yazısında yargı organlarının bütününe yönelik olarak sinkaflı sözler söylemesi devletin yargı organlarını alenen aşağılama suçunu oluşturacakken, yargılama sonucunca ceza veren hâkime yönelik söylediği sinkaflı sözler kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret suçunu oluşturacaktır.

KAYNAKÇA

1-Kitap ve Makaleler

- ARISOY, Mine;** *Hakaret*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 72, 2007, s. 152-205.
- ARTUK, Mehmet Emin;** *Türklüğü, Cumburiyeti, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama Suçu (5237 Sayılı TCK m. 301)*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 70, 2007, s. 230.
- ARTUK, M. Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, Emin/ ÇAKIR, Kerim;** *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet yayınevi, Ankara, 2019.
- AYDIN, Hüseyin;** *Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı*, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:68, Sayı: 2010/1, s. 109-128.
- AYDIN, Devrim;** *Türk Ceza Kanunu'nda Hakaret Suçu*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Armağan Özel Sayısı, Cilt: 19, Sayı: 2, Yıl: 2013, s. 879-918.
- ÇALIŞIR, Akdemir Ayfer/ ÇALIŞIRI, Tayanç Kurtuluş;** *Teoride ve Pratikte Hakaret Suçları*, 2. Baskı, Adalet yayınevi, Ankara, 2016.
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem;** *Kişilere Karşı Suçlar*, Cilt: 1, İstanbul, Beta yayınevi, 2017.
- CEYHAN, Murat;** *Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama Suçu (TCK m. 301)*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Cilt: 19, Sayı: 2, 2013, s. 1781-1802.
- DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir;** *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Cilt: 2, Der yayınları, İstanbul, 2019.
- ERMAN, Sahir;** *Hakaret ve Sövme Suçları*, 2. Baskı, İstanbul, 1989.
- EROĞLU Fulya Erman/EVİK Ali Hakan/YILDIZ Ali Kemal/İNCEOĞLU Asuman Aytekin/ZAFER Hamide/ALTUNÇ Sinan/ERMAN Barış/ AKYÜREK Güçlü/AKSOY Eylem Retornaz/BAYRAKTAR Köksal/ SINAR Hasan/KIZIROĞLU Serap Keskin;** *Özel Ceza Hukuku*, Cilt: 3, İstanbul, On İki Levha yayıncılık, 2018.
- GÜRDOĞAN, Özkan;** *Hakaret Suçu*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2012.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem;** *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, Us-a yayıncılık, Ankara, 2016.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem;** *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, Us-a yayıncılık, Ankara, 2016.

- KAZANCI, Behiye Eker;** *Mağdurun Davranışları ve Heyecan Halinin Ceza Sorumluluğuna Etkisi - Haksız Tabrik*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Özel Sayı, 2013, s.1309-1357.
- KELEP, Tuğba;** *Türk Ceza Kanunu m. 301'in İfade Özgürlüğü Bağlamında Değerlendirilmesi: AIHM'in Akşam Kararı Neler Düşündürüyor?*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt:71, Sayı: 1, 2013, s. 757-776.
- KOCA, Mahmut;** *Türk Ceza Kanunun 159. maddesi Üzerine Bir İnceleme*, Prof. Dr. Turhan Tüfan YÜCE Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi yayınları, İzmir, 2001, s. 575-616.
- MALKOÇ, İsmail;** *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, Cilt:1, Ankara, 2007.
- ONAR, Osman;** *Türk Ceza Hukukunda Hakaret Suçu*, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2016.
- ÖZBEK, Özer Veli/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar;** *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 14. Baskı, Ankara, Seçkin yayıncılık, 2019.
- ÖZEK, Çetin;** *Devlete Karşı Suçlar*, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1976.
- ÖZEK, Çetin;** *Türk Basın Hukuku*, İstanbul Üniversitesi yayınları, İstanbul, 1978.
- ÖZEN, Mustafa;** *Hakaret Suçu ve İnternet Yoluyla İşlenmesi*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 75, 2008, s. 94-108.
- PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer;** *Ceza Hukuku ve Özel Hukukta Hakaret Suçları ve Tazminat Davaları*, Adalet yayınevi, Ankara, 2008.
- PEKMEZ, Tuba Kelep;** *Türk Ceza Hukukunda Hakaret Suçu (TCK 125)*, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı: 43, 2020, s. 523-565.
- SANCAR, Türkan Yalçın;** *Türklüğü, Cumhuriyeti, Meclisi, Hükümeti, Adliyeyi, Bakanlıkları, Devletin Askeri ve Emniyet Muhafaza Kuvvetlerini Alenen Tabkir ve Tezyif Suçları*, Seçkin yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2006.
- SEZEN, Duygu;** *Türk Ceza Kanunu'nda Hakaret Suçu*, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya, 2016.
- SOYASLAN, Doğan;** *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin yayınları, Ankara, 2020.
- TANJU, Erhan;** *AIHM Kararları Işığında İfade ve Basın Özgürlüğü*. 2. Baskı, Seçkin yayıncılık, Ankara, 2017.
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, Murat;** *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin yayıncılık, İstanbul, 2020.

TOROSLU, Nevzat; *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 1. Bası, Savaş yayınevi, Ankara, 2005.

TÜRAY, Aras/ERDOĞAN, Irmak; *Gıyapta Hakaret Suçunda İhtilat Unsuru*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, Cilt: 21, Özel Sayı, 2019, s. 1325-1374.

URAL, Mustafa/OĞÜZ, Tufan; *Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku*, 12. Baskı, İstanbul, 2012.

UYGUN, Oktay; *Devlet Teorisi*, On İki Levha yayıncılık, İstanbul, 2017.

YARAR, Halil; *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hakaret Suçu (Tck 125-131 Maddeleri)*, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli, 2010.

YENTÜR, Selda; *Hakaret ve Sövme Suçları*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Ceza Hukuku) Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2011.

2-Mahkeme Kararları

AIHM, Ayhan Erdoğan / Türkiye, Başvuru numaralı: 39656/03, Karar tarihi: 13/01/2009.

AIHM, Barford / Danimarka, Başvuru numarası: 48898/99, Karar tarihi: 25/07/2001.

AIHM, Janowski / Polonya kararı, Başvuru numarası: 25716/94, Karar tarihi: 21/01/1999.

AIHM, Handyside / Birleşik Krallık kararı, Başvuru numarası: 5493/72, Karar Tarihi: 07/12/1976.

AIHM, Sürek / Türkiye kararı, Başvuru numarası: 26682/95, Karar tarihi: 08/07/1999.

AIHM, Tuşalp / Türkiye kararı, Başvuru numarası: 32131/08, 41617/08, Karar tarihi: 21/02/2012.

AIHM, Ayhan Erdoğan /Türkiye, Başvuru numarası: 39656/03, Karar Tarihi: 13/01/2009

Askeri Yargıtay 3. Dairesi'nin 307/312 Karar ve 13/07/1971 tarihli ilamı

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 1976/276 Esas, 1976/456 Karar ve 05/12/1976 tarihli ilamı

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2002/9-96 Esas ve 2002/234 Karar sayılı ilamı

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2008/4-180 Esas, 2008/205 Karar ve 23/09/2008 tarihli ilamı

- Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2008/170 Esas, 2008/220 Karar ve 14/10/2008 tarihli ilamı
- Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 2015/4085 Esas, 2015/4296 Karar ve 19/11/2015 tarihli ilamı
- Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 2015/7822 Esas, 2016/3700 Kararı ve 31/05/2016 tarihli ilamı
- Yargıtay 18. Ceza Dairesi'nin, 2016/13718 Esas, 2016/15965 Karar ve 17/10/2016 tarihli ilamı
- Yargıtay 2. Ceza Dairesi'nin 2012/3048 Esas, 2013/27660 Karar ve 26/11/2013 tarihli ilamı
- Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 2013/4485 Esas, 2015/343 Karar ve 07/01/2015 tarihli ilamı
- Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 2012/35210 Esas, 2015/4894 Karar 17/02/2014 tarihli ilamı
- Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin 2004/6627 Esas, ve 2005/214 Karar ve 27/01/2005 tarihli ilamı
- Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin 2003/2112 Esas, 2003/209 Karar ve 18/11/2003 tarihli ilamı
- Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin 2008/10995 Esas, 2010/4198 Karar ve 12/04/2010 tarihli ilamı
- Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin 2001/538 Esas, 2001/874 Karar ve 22/03/2001 tarihli ilamı

TERÖRÜN FİNANSMANINA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ*

Tuğçe Duygu KÖKSAL**

Özet

Günümüzde sınır aşan boyutuyla terör saldırılarının tüm ülkeler açısından bir tehdit oluşturduğu ve boyutlarının büyük ölçüde öngörülemez nitelik taşıdığı açıktır. Dolayısıyla da terörle mücadelede kullanılacak yöntemlerin kapsamı ve etkinliği meselesi uluslararası ölçekte önem kazanmıştır. Her ne kadar devletlerin terörle mücadele tedbirlerini almada takdir yetkisi geniş olarak değerlendirilse de önleyici tedbirler konusundaki öngörülebilirlik sorunu yasal düzenlemelerin gözden geçirilmesi ile aşılabılır. Bu çerçevede özellikle terörü besleyen finansman kaynaklarına yönelik alınan tedbirler, güvenlik boyutundan ziyade insan hakları boyutuyla da tartışılmaya başlanmıştır. Terörizmin finansmanını önlemeye yönelik önleyici nitelikte tedbirler, terörün finansmanı suçunun cezalandırılması açısından ifade özgürlüğü ve örgütlenme özgürlüğü ile bağlantılı meseleleri gündeme getirebilmektedir. Malvarlığına uygulanan tedbirler ise mülkiyet hakkına müdahale teşkil etmektedir. Diğer taraftan şüpheli işlem bildirimi konusunda avukatların yükümlü hale getirilmesi ise sır saklama yükümlülüğü bağlamında adil yargılanma hakkına müdahale teşkil edebilir. Dolayısıyla da terörün finansmanına ilişkin düzenlemelerin temel hak ve özgürlüklere yönelik etki alanının genişlediği gözlemlenmektedir. Bu çalışmada da terörün finansmanının suç haline getirilmesi ve finansmanın önlenmesine

* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 24/06/2021. İlk hakem raporu tarihi: 29/07/2021. İkinci hakem raporu tarihi: 12/08/2021.

** Avukat İstanbul Barosu, Galatasaray Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi, info@duygukoksalthukuk.com, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-6157-7549.

ilişkin alınan önleyici tedbirlerin temel hak ve özgürlükler üzerindeki etkileri farklı boyutlarıyla ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Malvarlığının Dondurulması, Sır Saklama Yükümlülüğü, Terörün Finansmanı, Kanunilik İlkesi, İnsan Hakları

EFFECTS OF THE ANTI-TERRORISM FINANCING RULES ON FUNDAMENTAL RIGHTS AND FREEDOMS

Abstract

Today, the fight against terrorism has gained international importance due to the fact that it is understood that terrorist attacks with their transboundary dimension pose a threat to all countries and are largely unpredictable. Although the judicial discretion of states in taking measures in fight against terrorism is considered to be wide, it is tried to be overcome unpredictability with regulations on preventive measures. In this context, the measures which were taken especially for the financing resources that support terrorism, were started to be discussed in terms of human rights rather than security. Preventive measures which are taken in order to prevent the financing of terrorism can bring issues into question related to freedom of expression and freedom of association in terms of punishing the crime of financing terrorism, while measures applied to property constitute an interference to property right. On the other hand, to make lawyers liable for reporting suspicious transactions constitutes an interference with the right to a fair trial in the context of confidentiality obligation and expands its scope for fundamental rights and freedoms. In this study, the effects of preventive measures taken for criminalization of terrorist financing and prevention of financing on fundamental rights and freedoms are discussed in different dimensions.

Keywords: Asset Freeze, Confidentiality Obligation, Terrorism Financing, Principle Of Legality, Human Rights

Giriş

Terörizm uluslararası boyutta kamu düzenini tehdit eden bir olgudur ve terörle mücadele tedbirlerinin alınması konusunda devletlerin geniş takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak bu takdir yetkisi sınırsız değildir. Terörizmle mücadele kapsamında alınan tedbirlerin bireylerin başta özgürlük ve güvenlik hakkı, özel hayat ve aile hayatının korunması ile adil yargılanma hakkı üzerinde etkileri bulunmaktadır. Ayrıca malvarlığına yönelik önleyici tedbirler açısından mülkiyet hakkı ile bağlantılı etkileri söz konusu olmaktadır. Bu tedbirler keyfi ve kanunda öngörülen amaçlar dışında başka amaçlarla kullanıldıkları ölçüde bireylerin ifade ve örgütlenme özgürlükleri üzerinde caydırıcı etki oluşturabilme potansiyeline de sahiptir. Dolayısıyla tedbirlerin temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından asgari yasal gereklilikleri sağlaması gerekir. Bu gereklilikler başta kanunilik ilkesi olmak üzere müdahalenin meşru bir amaç gütmesi ve demokratik toplumda gerekli ve son tahlilde ölçülü olması gereğidir.

Terörizmin uluslararası alanda ortak kabul görmüş genel bir tanımı bulunmamakla birlikte, tanımlama konusunda örnekler mevcuttur¹. Terörizm, *“latince bilinmeyen ve öngörülemez bir tehlike karşısında duyulan aşırı korku, endişe ve dehşet anlamına gelen terror kelimesinden türemiştir”*². Terörizm yıldırma yöntemi, siyasi mücadelede kanundışı ve acımasız biçimde şiddet içeren vasitalara başvurma anlamına gelmektedir³. Terör örgütleri ile organize suç örgütleri arasındaki amaç farklılıklarından biri de, terör örgütlerinin çoğunlukla bir ideolojinin yayılması, toplumun ve rejimin zarar görmesi, korku ve gözdağı vermek gibi mali olmayan saiklere sahip olmasıdır⁴. Her ne kadar gelir elde etme amacı ikinci nitelikte olsa da, terör örgütlerinin sürdürülmesi, altyapı, iletişim, eğitim ve ağ örgütlenmesinin sağlanabilmesi ve eylemlerin gerçekleştirilebilmesi

1 ÖKTEM Emre, Terörizm İnsancıl Hukuk ve İnsan hakları, Derin yayınları, 2007, İstanbul, ss. 37-50

2 ÖKTEM (2007), s. 13

3 ÖKTEM (2007), s.13; YENİDÜNYA Caner – DEĞİRMENCİ Olgun, Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukunda Terörün Finansmanı Suçu, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer'e Armağan, C. 2, İstanbul, 2008,ss. 1263-1294, s. 1264

4 YENİDÜNYA- DEĞİRMENCİ (2008), s. 1270

için mali olanaklara duyulan ihtiyaç kaçınılmazdır. Dolayısıyla terörle mücadele tedbirleri kapsamında terörün finansmanın ayrı bir suç olarak düzenlenmesi ve önleyici tedbirler ihdas edilmesi bir gereklilik halini almıştır.

Şüphesiz Amerika Birleşik Devletleri'nde gerçekleştirilen 11 Eylül saldırıları hem terörizmin boyutları bakımından hem de insan hakları hukuku arasındaki ilişki bakımından bir dönüm noktası olmuştur⁵. 1996 yılında 51/210 sayılı Birleşmiş Milletler kararı ile başlayan ve Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Sözleşmesi ile devam eden süreçte, 11 Eylül 2001 tarihinde Amerika Birleşik Devletleri'nde İkiz Kulelere gerçekleştirilen saldırı sonrasında, terörizm finansmanına yönelik tedbirlerle ilgili pek çok düzenleme söz konusu olmuştur. Devletler de uluslararası nitelikteki yükümlülüklerinden dolayı yasal mevzuatlarını uyumlaştırma çalışmaları içine girmiştir. Değişim geçiren terör, çok boyutlu etkileri beraberinde getirmiştir. Terör faaliyetlerinin finansmanı terör tehditleri arasında var olan bağlantının açık bir göstergesini teşkil etmektedir⁶.

Bu kapsamda Türkiye'de de terörün finansmanı ilk defa 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu (TMK) ile suç haline getirilmiştir. Bu uyum süreci 1989 yılında oluşturulan ve Birleşmiş Milletler (BM) Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Daire Uluslararası Sözleşme'deki malvarlığının dondurulması ve el konulması gibi önlemlerin yorumlanması ve uygulanması Mali Eylem Görev Gücü'nün (Financial Action Task Force) kabul edilen özel tavsiyeleri doğrultusunda yapılan düzenlemeler ile devam etmiştir⁷. 6415 sayılı Terörün Finansmanı Hakkında Kanun, terör ve terörizmin finansmanı ile mücadeleye ilişkin kararlarının uygulanması ile terörizmin finansmanı suçunun düzenlenmesi ve terörizmin finansmanının önlenmesi amacıyla malvarlığının dondurulmasına ilişkin usul ve esasların

5 ÖKTEM (2007), ss. 22-23

6 KARTAL Çetin, Küreselleşmenin Güvenlik Parametrelerine Etkileri ve Bireye Yönelmiş Güvenlik: İnsan Güvenliği, İnsan Hakları ve Güvenlik, Adalet Yayınevi, Aralık 2020, s. 94

7 FATF Tavsiyeleri, <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/sites/12/2021/02/FATF-Tavsiyeleri-2012.pdf>; ÜSTÜN Oktay, FATF Yeni 40 Tavsiye Kararı neler getiriyor, Bankacılar Dergisi, S.47, 2003, ss. 16-37; Mali Eylem Görev Gücü tavsiyelerinin Uygulanması ve Türkiye'de Sivil Toplama Etkilerinin İncelenmesi, TÜSEV, Şubat 2021, https://tusev.org.tr/usrfiles/images/MaliEylemGorevGucuSivilToplum_26022021.pdf [Erişim tarihi: 10.06.2021]

belirlenmesi amacıyla hazırlanmıştır⁸. Bu Kanun'un uygulanmasına ilişkin Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanunun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik ile Mali Suçları Araştırma Kurulu Genel Tebliği yayımlanmıştır⁹. Türkiye'de söz konusu uyum sürecinin son halkası, Kitle İmha Silahlarının Yayılmasının Finansmanının Önlenmesine İlişkin 7262 sayılı Kanun (7262 sayılı Kanun) 31 Aralık 2021 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmesidir¹⁰.

Bu çalışmada, terörün finansmanının suç haline getirilmesi ve finansmanın önlenmesine ilişkin alınan önleyici tedbirlerin temel hak ve özgürlükler üzerindeki etkileri ele alınacaktır. Öncelikle Türkiye'de terörün finansmanının suç haline getirilmesi kapsamında yapılan yasal düzenlemeler kanunilik kriteri açısından değerlendirilecek ve özellikle örgütlenme özgürlüğü üzerindeki etkileri irdelenecek (I), akabinde terörün finansmanının önlenmesine yönelik malvarlığına ilişkin müdahale teşkil eden bazı önleyici tedbirlerin uygulanmasındaki sorunlar tartışılacaktır (II).

I. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER PERSPEKTİFİNDEN TERÖRİZMİN FİNANSMANI SUÇU

A. Terörün Finansmanı Suçu ve Öngörülebilirlik Meselesi

1. Genel olarak

Türkiye 27 Eylül 2001 tarihinde taraf olduğu 9 Aralık 1999 tarihli Terörizmin Finansmanına Dair Uluslararası BM Sözleşmesinden¹¹

8 6415 sayılı Terörün Finansmanı Hakkında Kanun, <https://resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/02/20130216-3.htm> [Erişim tarihi: 10.06.2021]

9 Malvarlığının dondurulması ile malvarlığının dondurulması kararının kaldırılmasına ilişkin kararların uygulanmasına yönelik rehber için bkz: https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2021/01/Annex_4_Tur.docx [Erişim tarihi: 10.06.2021]; Genel Tebliğler ve Yönetmelikler için bkz: <https://masak.hmb.gov.tr/aklama-sucu-ulusal-mevzuat> [Erişim tarihi: 10.06.2021]; Kronoloji için bkz: <https://masak.hmb.gov.tr/kronoloji> [Erişim tarihi: 10.06.2021]; müşteri kimliğinin doğrulanması amacıyla kullanılacak uzaktan kimlik tespiti yöntemlerine ilişkin usul ve esaslarını düzenleyen Mali Suçları Araştırma Kurulu 19 sıra numaralı Genel Tebliği <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/04/20210430-7.htm> [Erişim tarihi: 10.06.2021]

10 Kitle İmha Silahlarının Yayılmasının Finansmanının Önlenmesine İlişkin 7262 sayılı Kanun; <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/12/20201231M5-19.htm> [Erişim tarihi: 10.06.2021]

11 Terörizmin Finansmanına Dair Uluslararası Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/adli_yardimlasma/adli_isbirligi_ceza/suclularin_iadesi_ek/terorizmin-fi

kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmek üzere terörün finansmanını ilk kez TMK'nun 8. maddesiyle suç olarak ihdas etmiştir¹². 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Kanun'un yürürlüğe girmesiyle bu düzenleme yürürlükten kalkmıştır.

Terörizmin finansmanı özelinde konuyu ele almadan evvel, terörün tanımı konusuna değinmek gerekir. Uluslararası kabul görmüş tek ve genel bir terör tanımı bulunmamaktadır. Pek çok ülkede olduğu gibi Türkiye'de de TMK kapsamında tek bir tanım altında geniş kapsamda bir düzenleme yapılmasının uygulamada belirsizlik oluşturmalarına ilişkin eleştiriler mevcuttur. Özellikle terör eylemlerinin muğlak şekilde tanımlanmış olması ifade özgürlüğü bağlantılı konular açısından sorunlu bir alan oluşturmaktadır.

TMK'nun 1. maddesine göre terör tanımı şu şekildedir:

“Terör; cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir.”

TMK'nun 2. maddesi kapsamında “terör suçlusu” ise, devletin “terör örgütü” olarak tanımladığı örgütlere üye olanlar ile üye olmasa dahi örgüt adına suç işleyenler olarak tanımlanmıştır. Bu tanımın genişliği dolayısıyla, uygulamada “terör suçu” cebir ve şiddet eylemlerini gerçekleştirenlerin ötesinde, temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasıyla bağlantılı faaliyetleri de kapsar biçimde yorumlanabilmektedir.

nansman%C4%B1n%C4%B1n_%C3%B6nlenmesine_ili%C5%9Fkin%20BM%20s%C3%B6zlesmesi.pdf [Erişim tarihi: 10.06.2021]

12 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.3713.pdf> [Erişim tarihi: 10.06.2021]

Terörizm ile mücadele kendine özgü birtakım zorlukları barındırdığından devletler bu mücadelede daha geniş bir takdir marjına sahip olduğu kabul edilmekle birlikte terör ile mücadele de bir hukuk rejimidir. Dolayısıyla kanundan ve uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerin göz ardı edilebileceği bir alan değildir. Bu doğrultuda BM Genel Kurulu'nda 20 Eylül 2006 tarihinde kabul edilen Küresel Anti-Terörizm Stratejisinde (A/60/288) terörle mücadele edilirken insan haklarının ve temel özgürlüklerin korunması gerektiği belirtilmektedir¹³.

BM İnsan Hakları Komitesi'ne sunulan Türkiye hakkındaki raporda (CCPR/C/TUR/CO/1) terörle mücadele yasalarının uygulanması ile ilgili yapılan değerlendirmede 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu açısından eleştiriler dile getirilmiştir. Bu kapsamda terör tanımının değiştirilmesi ve tanımın “tartışmasız bir şekilde terör eylemi” olan suçlarla sınırlı olarak uygulanması öneriler arasındadır¹⁴.

Diğer taraftan, BM Özel Raportörü'nün de 2016 tarihli raporunda vurguladığı iki önemli husus vardır¹⁵. Bunlar ulusal güvenlik bahanesiyle sivil toplum faaliyetlerinin engellenmesi ve terörizmle mücadele adı altında fikirlerin ifade edilmesine suç muamelesi yapılmasıdır. BM Özel Raportörü ayrıca çeşitli kurumlara terörle mücadele konusunda yasal sorumluluk yüklemenin ve çalışanlar hakkında rapor tutulmasını istemenin özellikle eğitim sektörü gibi özgür düşüncenin olduğu yerlerde daha fazla sansüre yol açacağını, ifade özgürlüğünü engelleyeceğini ve ayrımcılığı körükleyeceğini belirtmektedir.¹⁶

Nitekim, terörle mücadele kapsamında alınan tedbirler, özellikle de terör tanımının geniş yapısından kaynaklı olarak, basın ve yayın

13 The United Nations Global Counter-Terrorism Strategy, UN Resolution adopted by the General Assembly on 8 September 2006, https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/60/288 [Erişim tarihi: 10.06.2021]

14 UN Human Rights Committee, Concluding observations on the initial report of Turkey adopted by the Committee at its 106th session, 15 October to 2 November <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/co/CCPR-C-TUR-CO-1.doc> [Erişim tarihi: 10.06.2021]

15 https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session31/Documents/A.HRC.31.65_AUV.docx

16 Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism [A/HRC/31/65], §§ 43 ve 45 bkz: https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session31/Documents/A.HRC.31.65_AUV.docx

yoluyla gerçekleşen fikir açıklamalarının terör örgütü veya silahlı örgüte yardım ya da propaganda suçu bağlamında değerlendirilmesine yol açabilmektedir. Bu bağlamda terör tanımı yeniden gözden geçirilirken BM Özel Raportörü'nün 2016 tarihli raporunda belirlenen aşağıdaki kıstasların yeniden ele alınacak mevzuatta yol gösterici olabilir¹⁷. Buna göre düzenlemeler; “(a) doğası gereği gerçek anlamda terör niteliği taşıyan davranışların kısıktılmasıyla sınırlı olmalıdır; (b) ifade özgürlüğünü ulusal güvenliğin, kamu düzeninin ve güvenliğinin veya kamu sağlığı veya ahlakının korunması için gerekli olandan daha fazla kısıtlamamalıdır; (c) kanun tarafından kesin bir dille belirtilmeli ve kaçınma, tabrik edilen fiilin işlenmesine ilişkin fiili (nesnel) bir risk içermelidir; (e) bir mesajı iletme niyetine ve bu mesajın bir terör eyleminin işlenmesini teşvik etme niyetine açıkça atıfta bulunmalıdır (...)”.

Öte yandan, BM Güvenlik Konseyi'nin yabancı terörist savaşçılarla ilgili 24 Eylül 2014 tarihinde aldığı 2178 sayılı kararın da, “terörizm” veya “terörist” terimlerinin ne anlama geldiğini açıklamayarak keyfi ve muğlak şekildeki uygulamalara katkıda bulunması muhtemeldir. Bu tür terimler üzerinde bir uzlaşma olmaması, devletlerin kapsamı belirsiz veya aşırı geniş tanımlar ihdas ederek uygulamasına izin verir. Bu noktada, örneğin İnsan Hakları İzleme Örgütü, yukarıda zikredilen 2178 sayılı karar gibi terörle mücadele yetkilerini uygulamak için hükümetler tarafından kullanılan “terörizm” ve “terörist eylemler” tanımlarının uluslararası insan hakları, mülteci ve insancıl hukukla tamamen tutarlı olmasının temin edilmesi gerektiğine dikkat çekmiştir¹⁸.

2. Ulusal mevzuatın öngörülebilirliği meselesi

Yukarıda değinildiği şekilde, terörün tanımındaki muğlaklığın etkisi, terörizmin finansmanı tanımında yer alan suçlar açısından da söz konusu olmaktadır. 16 Şubat 2013 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının

17 A/HRC/31/65, yukarıda adı geçen, § 24

18 Human Rights Watch, “Foreign Terrorist Fighter” Laws Human Rights Rollbacks Under UN Security Council Resolution 2178, 2016, https://www.hrw.org/sites/default/files/news_attachments/ftf_essay_03feb2017_final.pdf [Erişim tarihi: 10.06.2021]

Önlenmesi Hakkında Kanun terörizmin finansmanı suçunu tanımlamıştır. Kanun'un 3. maddesinde sayılan fiillerin gerçekleştirilmesi amacıyla fon sağlanması veya toplanmasının yasaklandığı görülmektedir. Kanun'un 4. maddesinde ise 3. madde kapsamında suç olarak düzenlenen fiillerin gerçekleştirilmesinde tümüyle veya kısmen kullanılması amacıyla veya kullanılacağını bilerek ve isteyerek belli bir fiille ilişkilendirilmeden dahi bir teröriste veya terör örgütlerine fon sağlayan veya toplayan kişinin cezalandırılacağı öngörülmüştür. Bu maddeye göre ceza verilebilmesi için fonun bir suçun işlenmesinde kullanılmış olması şartı aranmayacaktır.

Bu çalışmada terör tanımının muğlaklığı üzerinden konuyu ele almamızın nedenlerinden biri, kanunilik kriteri ile bağlantılı olarak bu noktada karşımıza çıkmaktadır. 6415 sayılı Kanun, TMK ile düzenlenen tanımla paralel olmakla birlikte bahse konu fiillerin içeriği açısından daha genel bir "terör amacı" öngörmektedir¹⁹. 6415 sayılı Kanun'un 3. maddesi üç ana başlıkta fiilleri yasaklamaktadır: *i*) Bir halkı korkutmak veya sindirmek ya da bir hükûmeti veya uluslararası kuruluşu herhangi bir eylemi gerçekleştirmeye veya gerçekleştirmekten kaçınmaya zorlamak amacıyla, kasten öldürme veya ağır yaralama fiilleri *ii*) 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamında terör suçu olarak kabul edilen fiiller ve *iii*) Türkiye'nin taraf olduğu ve fıkırdaki belirtilen sözleşmelerde yasaklanan ve suç olarak düzenlenen fiiller.

Kanunilik kriteri açısından bakıldığında, esas olan yalnızca bir düzenlemenin kanunda yer alması ve erişilebilmesi değil, bu düzenlemenin kapsamı bakımından bireyin hareketlerinin doğuracağı sonuçları önceden öngörebilmesi ve hareketlerini buna göre düzenleyebilme olanağı bulunmasıdır. Bu çerçevede, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) Ek 1 numaralı Protokol'ün mülkiyet hakkını düzenleyen 1. maddesi, her şeyden önce ve özellikle, kamu makamları tarafından mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalenin yasal olmasını gerektirdiğini hatırlatmaktadır. AİHM'ne göre, demokratik bir toplumun temel ilkelerinden biri olan hukukun üstünlüğü, Sözleşme hükümlerinin

19 KURT Gülşah, Terörizmin Finansmanı Hakkında Kanun Nedenleri ve Muhtemel Sonuçları, Güncel Hukuk Dergisi, Mayıs 2013, ss. 42-45, s. 44

tamamından ayrılamaz bir kavramdır. Kanunilik ilkesi, uygulamada yeterince erişilebilir, kesin ve öngörülebilir normların iç hukukta bulunmasını öngörmektedir²⁰. Öngörülebilirlik kavramı ise kanuni düzenlemenin içeriği ve hedef kitlesi ile bağlantılı olarak ele alınmalıdır.

Nitekim 6415 sayılı Kanun, 3713 sayılı Kanun'da terör suçu olarak tanımlanan fillerden bahsetmiştir. Ancak “*bir halkı korkutmak veya sindirmek ya da bir hükûmeti veya uluslararası kuruluşu herhangi bir eylemi gerçekleştirmeye veya gerçekleştirmekten kaçınmaya zorlamak amacıyla, kasten öldürme veya ağır yaralama fiillerin*” TMK kapsamında terör suçu tanımından ne ölçüde farklılaştığı kanun metninden anlaşılmamaktadır. Bunun yanında, terörün finansmanı kapsamında yasak eylem olarak nitelendirilecek fiillerin, diğer bir ifadeyle suçun maddi unsurunun, uluslararası sözleşmelere yapılan bir atıfla geçirilmesi kanunilik ilkesi açısından sorunlu bir yaklaşım olarak nitelendirilmektedir²¹. Ceza yaptırımına bağlanan ve ceza kanunu ile yasaklanan bir fiilin açık ve belirli bir şekilde tanımlanmadan, bir Sözleşmeye yapılan genel atıfla düzenlenmesi hukuken sorunlu bir yaklaşımdır. Bu sebeptendir ki Kanun'un 4. maddesinde yer alan yaptırımın bu haliyle uygulanması Anayasa'nın suçta ve cezada kanuniliği düzenleyen 38. maddesi ve AİHS'nin 7. maddesi ile bağdaşmayan bir özellik arz etmektedir. BM Sözleşmesi'nin 2. maddesinde terörün finansmanının suç olarak tanımlanmasına ilişkin yükümlülük, kanunilik ilkesi ile bağdaşmayacak bir düzenleme yapılabileceği anlamında yorumlanmamalıdır.

Diğer taraftan, 6415 sayılı Kanun'un 4. maddesinde terörizmin finansmanı suçunun faili, 3. maddedeki yasak fiillerin gerçekleştirilmesinde tümüyle veya kısmen kullanılması amacıyla veya kullanılabileceğini bilerek ve isteyerek belli bir fiille ilişkilendirilmeden dahi bir teröriste veya terör örgütlerine fon sağlayan veya toplayan kişi olarak düzenlenmiştir. Bu maddeden anlaşıldığı şekilde terörizmin finansmanı suçu iki şekilde gerçekleştirilebilir. Bunlardan ilki, mad-

20 Fener Rum Patrikliği v. Türkiye, no. 14340/05, 8 Temmuz 2008, § 70

21 YILMAZ Yeşim, Terörizmin Finansmanı Suçu, YÜHFD, C.XVII, 2020, ss. 177-267, s.205

dede belirtilen amaçla *fon sağlamak* ve ikincisi *fon toplamaktır*. Bununla birlikte, kanuni tanıma bakıldığında öngörülebilirlikle ilgili başkaca bazı sorunlar göze çarpmaktadır.

Bahse konu maddede “*Kanunun 3. maddesindeki yasak fiillerin gerçekleştirilmesinde tümüyle veya kısmen kullanılması amacıyla veya kullanılacağını bilerek ve isteyerek*” bir teröriste veya terör örgütüne *fon sağlamak veya toplamak* suç olarak tanımlanmıştır. Bu fiiller açısından belli bir fiille ilişkilendirilme de aranmamaktadır. Ancak “terörist” ve “terör örgütü” kavramlarının uygulamada hangi kriterlere göre belirleneceği yoruma muhtaç bırakılmıştır. Bir kişinin terörist ya da bir örgütün terör örgütü olarak belirlenmesinde aranacak kriterin kesinleşmiş bir yargı kararı olması gerekir ve bu kriterlerin şeffaf ve öngörülebilir şekilde içtihatla ortaya konulması beklenmelidir. Ancak uygulamada AİHM içtihatlarıyla da ortaya konduğu biçimde özellikle ifade ve örgütlenme özgürlüğünün kullanımı terör mevzuatı kapsamında değerlendirilerek yargılamaya konu edilebilmektedir. AİHM, pek çok kararında, Türkiye’de yürürlükte bulunan mevzuatta örgüt üyeliğine atıf yapılan bazı düzenlemelerin muğlaklığı nedeniyle kanunilik açısından öngörülebilir olmadığını tespit etmiştir²². Örneğin, *Ragıp Zarakolu v. Türkiye ve Sabuncu ve diğerleri v. Türkiye* kararlarında Türk Ceza Kanunu’nun [TCK] suç örgütüne ilişkin 220. ve silahlı örgüte ilişkin 314. maddeleri atfı açısından uygulamanın ifade özgürlüğü bağlamında kanunilik kriterini taşımadığını karara bağlamıştır²³. Dolayısıyla uygulamada terörle mücadele mevzuatının geniş şekilde uygulandığı AİHM içtihadı ile de ortaya konulduğundan, terör finansmanı suçu uygulaması açısından da aynı endişelerin duyulması kaçınılmazdır. Nitekim, belirli bir suçla ilişkilendirilmiş olmasa bile terör örgütüne finansal destek sağlayan kişinin TCK madde 220. maddesinin yedinci fıkrası hükmü gereğince aynı Kanun’un 314. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne istinaden terör örgütü üyesi olarak cezalandırılacağı açıktır²⁴. Bu durum karşısında

22 AKYÜREK Güçlü, “AİHM İmret-Türkiye (2) Kararı Işığında Yasallık İlkesi”, Suç ve Ceza Dergisi, Yıl: 2018, Sayı: 3, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018

23 Ragıp Zarakolu v. Türkiye, no. 15064/12, 15/09/2020; aynı yönde, gazeteciler açısından, Sabuncu ve diğerleri v. Türkiye, no. 23199/17, 10/11/2020; Şık v. Türkiye (no 2), no. 36493/17, 24/11/2020

24 ÖZGENÇ İzzet (2020), Suç Örgütleri, s. 248; YENİDÜNYA- DEĞİRMENCI (2008), s 1275

kanunilik prensibi açısından sorunlu bir düzenleme söz konusu olduğunu ifade etmek gerekir.

Diğer taraftan, 6415 sayılı Kanun'un yanı sıra, 31 Aralık 2021 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7262 sayılı Kanun kapsamında da bazı yasak fiiller sayılmış ve bunlar cezai yaptırıma bağlanmıştır. Bu kanundaki düzenlemeler her ne kadar Türkiye'nin kitle imha silahlarının yayılmasının finansmanının önlenmesine ilişkin 2462 sayılı BM kararı ve Mali Eylem Görev Gücü tavsiyeleriyle uyum sağlamaya yönelik olduğu ifade edilse de, örgütlenme özgürlüğü başta olmak üzere temel hak ve özgürlüklere müdahale riski açısından eleştirilere konu olmuştur²⁵.

B. Örgütlenme Özgürlüğü Perspektifinden 7262 Sayılı Kitle İmha Silahlarının Yayılmasının Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun Düzenlemeleri

1. Genel olarak düzenlemenin sivil toplum üzerinde caydırıcı etki oluşturma potansiyeli

11 Eylül 2001 saldırılarından bu yana BM üye ülkelerinin terörist grupları ve terörist eylemleri suç olarak ihdas etmeleri yükümlülüğünü öngören BM kararlarının sonuncusu Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin 28 Mart 2019 tarih ve 2462 sayılı kararıdır²⁶. Bu kararlar tüm BM üye ülkelerinin dolaylı da olsa "herhangi bir amaçla" terörist birey veya gruplara mali yardımı suç haline getirmesi tavsiye edilmiştir.

Devletlerin egemenliği altında bulunan tüm bireylerin güvenliğini sağlama konusunda asli yükümlülüğü olduğu kuşkusuzdur. Bununla birlikte, BM Güvenlik Konseyi'nin terörizmin finansmanı ko-

25 Human Rights Watch, UN: Security Council Resolution Undermines Aid Human Rights Work, <https://www.hrw.org/news/2019/04/02/un-security-council-resolution-undermines-aid-human-rights-work> [Erişim tarihi: 10.06.2021]; Amnesty International, Türkiye: Terörün finansmanı önleme tedbirleri sivil toplumu hedef almak için suiistimal ediliyor ve uluslararası çapta bir emsal oluşturuyor, 2021, <https://www.amnesty.org.tr/icerik/turkiye-terorun-finanismanini-onleme-tedbirleri-sivil-toplumu-hedef-almak-icin-suiistimal-ediliyor-ve-uluslararasi-capta-tehlikeli-bir-emsal-olusturuyor> [Erişim tarihi: 23.06.2021]

26 UN the Security Council, Resolution 2462, Threats to international peace and security caused by terrorist acts: Preventing and combating the financing of terrorism, [https://undocs.org/S/RES/2462\(2019\)](https://undocs.org/S/RES/2462(2019)) [Erişim tarihi: 10.06.2021]

nusundaki kararı çerçevesinde, “herhangi bir amaçla” terörist kişi veya gruplara mali yardımın suç haline getirilmesi çağrısı üzerine yapılacak ulusal düzenlemeler temel haklar perspektifinden sorun doğurabilir. Özellikle yasal olarak faaliyet gösteren sivil toplum kuruluşları başta olmak üzere bireylerin temel hakları üzerinde keyfi müdahaleler gündeme gelebilecektir. Diğer bir ifadeyle, bu çağrı kapsamındaki düzenlemelerin temel hakların kullanılması bakımından caydırıcı etkisi olabilir. Örneğin, sivillere uluslararası hukuk kapsamında insani yardımları “dolaylı yardım” olarak kabul ederek terörle mücadele kapsamında cezalandırma yoluna gitmek hak savunuculuğu faaliyeti yapan sivil toplum kuruluşları üzerinde olumsuz sonuçlar doğurabilir.

Nitekim, bahse konu 2462 sayılı karar ile devletlerden kendi iç hukuklarındaki terör tanımına göre, hangi kuruluşların terörün finansmanına açık olduğunu belirleme ve değerlendirme yapması istenmektedir. Bununla birlikte yukarıdaki bölümde altı çizildiği şekilde, evrensel bir terör tanımının olmaması ve devletlerin bu konudaki takdir yetkisinin kapsamı keyfi ve geniş uygulamalara sebebiyet verebilecek niteliktedir. Bu doğrultuda, sivil toplum örgütlerini terörizmi finanse etmek için potansiyel kanallar olarak damgalamak ve meşru yardım çalışmalarını bu kapsamda değerlendirmek, insan hakları savunucuları üzerinde baskı kurmak isteyen hükümetlerin elini güçlendirebilecektir²⁷.

Bahse konu kararı takiben, Türkiye’de 31 Aralık 2020 tarihinde yürürlüğe giren 7262 sayılı Kitle İmha Silahlarının Yayılmasının Finansmanının Önlenmesine Dair Kanun yayımlanmıştır²⁸. Kanunun örgütlenme özgürlüğünü, insan hakları savunucularının faaliyetlerini ve genel olarak sivil toplumu daha da kısıtlama potansiyeli konusunda çeşitli kuruluşlar endişelerini dile getirmiştir²⁹. Özellikle de,

27 UN Security Council: New Counter terrorism Measures Could Put Humanitarian Actors at Risk, <https://www.fidh.org/en/international-advocacy/un-security-council-new-measures-to-counterterrorism-financing-open> [Erişim tarihi: 10.06.2021]

28 7262 sayılı Kitle İmha Silahlarının Yayılmasının Finansmanının Önlenmesine Dair Kanun <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/12/20201231M5-19.htm> [Erişim tarihi: 10.06.2021]

29 Letter of Dunja Mijatovic, Commissioner for Human Rights, addressed to the Turkish Government on 25 February 2021, <https://rm.coe.int/letter-to-mr-suleyman-soylu-minister-of-interior-of-the-republic-of-tu/1680a18d4c>; Submission to the United Nations, Special Rapor-

7262 sayılı Kanun'un sivil alan ve örgütlenme özgürlüğünden yararlanma üzerinde geniş kapsamlı etkileri bulunmasına rağmen sivil toplum temsilcilerinin görüşlerin alınmaması eleştirilmiştir. Avrupa Konseyi Venedik Komisyonu da bu konuda Türkiye'de geniş katılımlı görüşmeler gerçekleştirmiş ev bu Kanun hükümleri ile ilgili görüşünü hazırlayarak eleştiri ve tavsiyelerini Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'ne sunmuştur³⁰.

7262 sayılı Kanun'un genel gerekçesine bakıldığında Mali Eylem Görev Gücü'nün (FATF) 2019 yılında Genel Kurul'da kabul edilen rapor ışığında kitle imha silahlarının finansmanı ile mücadele, terörizm ve aklama suçlarının finansmanı ile mücadelede uluslararası standartlar ile tam uyum sağlamanın hedeflendiği gözlemlenmektedir³¹. FATF raporunda, Türkiye'nin terörün finansmanı ve kâr amacı gütmeyen sektörle bağlantılı olası riskler hakkındaki tavsiyelerine *kısmen* uyduğu tespitinde bulunulmuştur. Kanun'un gerekçesinde düzenlemelerin özellikle FATF 6 ve 7 numaralı tavsiyeleri ile uyum sağlamaya yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Bu çerçevede malvarlığının dondurulması tedbirine ilişkin özellikle sivil toplum kuruluşlarının hedef alan düzenlemeler bulunmakla birlikte, düzenlemelerin 6 ve 7 numaralı tavsiyelerle sınırlı kaldığı ve “siyasi nüfuz sahibi kişiler” ile ilgili düzenlemeler yapılmasına yönelik tavsiyelerin ise dikka-

teur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, Special Rapporteur on the rights to freedom of peaceful assembly and of association and Special Rapporteur on the situation of human rights defenders, <https://secureservercdn.net/160.153.138.163/pjp.0ed.myftpupload.com/wp-content/uploads/2021/02/DownloadPublicCommunicationFile.pdf> [Erişim tarihi: 10.06.2021]; TÜSEV, Mali Eylem Gücü Tavsiyelerinin Uygulanması ve Türkiye'de Sivil Topluma Etkilerinin İncelenmesi, Bilgi Notu, 2021, https://tusev.org.tr/usrfiles/images/MaliEylemGorevGucuSivilToplum_26022021.pdf [Erişim tarihi: 10.06.2021]

30 Opinion on the compatibility with international human rights standards of Law no. 7262 on the Prevention of Financing of the Proliferation of Weapons of Mass Destruction recently passed by Turkey's National Assembly, amending, inter alia, the Law on Associations (No. 2860), adopted by the Venice Commission at its 127th Plenary Session (hybrid, 2-3 July 2021), [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2021\)023-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2021)023-e) [Erişim tarihi: 18.08.2021]

31 7262 sayılı Kanun Gerekçesi, <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-3261.pdf> [Erişim tarihi: 10.06.2021]; “Türkiye IV. Tur Karşılıklı Değerlendirme Raporu” 16 Aralık 2019 tarihinde FATF internet sitesinde yayınlanmıştır, <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer4/Mutual-Evaluation-Report-Turkey-2019.pdf> [Erişim tarihi: 10.06.2021]; İnsan Hakları Derneği, FATF Türkiye Değerlendirmesi-2019 Raporu Teknik Uygunluk Özeti, https://www.ihd.org.tr/wp-content/uploads/2020/12/2019_FATFTurkiyeDeğerlendirmesi-Tablo.pdf [Erişim tarihi: 10.06.2021]

te alınmadığı gözlemlenmiştir. Kuşkusuz bu gelişmeler FATF Genel Kurulu'nda yakın bir gelecekte yeniden ele alınacak ve 2019 yılında yayımladığı Türkiye raporundaki tavsiyelere uyulup uyulmadığı yeniden değerlendirilecektir.

7262 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile, BM Güvenlik Konseyi kararlarının kapsamına bağlı olarak *a) bu kararlarda yer alan kişi veya kuruluşlara veya bunlar tarafından doğrudan veya dolaylı olarak kontrol edilen kişi veya kuruluşlara ya da bunların adına veya hesabına hareket eden kişi veya kuruluşlara ya da bunların yararına her türlü fon toplanması veya sağlanması ya da bunların Türkiye'de iş ortaklığına ya da başkaca iş ilişkilerine girmesi, b) Bu kararlarda yasaklanan nükleer, balistik füze programları veya diğer faaliyetlerle ilgili olarak organizasyonlara veya bunlar tarafından doğrudan veya dolaylı olarak kontrol edilen kişi veya kuruluşlara ya da bunların adına veya hesabına hareket eden kişi veya kuruluşlara ya da bunların yararına her türlü fon toplanması veya sağlanması yasaklanmıştır.* Bu yasaklara aykırı hareket edenler ise, Kanun'un 5. Maddesinin 1. fıkrası kapsamında, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, bir yıldan beş yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılacaktır.

Ayrıca BM Güvenlik Konseyi tarafından izin verilen hâller dışında, ilgili kararların kapsamına bağlı olarak bu kararlarda belirtilen madde, malzeme ve ekipmanın ithali, ihracı, transiti ve teknolojinin transferi veya nükleer faaliyetlere ya da nükleer silah atma sistemlerinin geliştirilmesine katkı sağlanması veya destek verilmesi de yasaktır. Bu yasaklara aykırı hareket edenler ise, bu Kanun'un 5. maddesi kapsamında fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, iki yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer ceza hükümleri de yine 5. maddenin devam eden paragraflarında detaylı olarak düzenlenmiştir.

Bilindiği üzere, temel hak ve özgürlükler sadece kanunla sınırlandırılabilir. Sınırlamada titizlikle uyulması gereken kuralların arasında, sınırlamanın esas değil istisna olması, yasa ile öngörülmesi, ölçülü olması ve demokratik koşulların yaşayabilmesi ortamına dokunmaması, meşru yarar olması, geçici olması ve uğranılan zararın

adil biçimde karşılanması bulunmaktadır³². Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesi şu şekildedir:

“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.”

Dolayısıyla temel hak ve özgürlüklerin kanunla ve meşru amaca uygun şekilde sınırlandırılması “hakkın özüne dokunmamalı” ve “ölçülülük kriterine” uygun olmalıdır. Kaldı ki, 7262 sayılı Kanun'daki bazı düzenlemeler Anayasa'nın bu hükmündeki usuli gereklilikler ile bağdaşmamaktadır.

2. 7262 sayılı Kanun ile getirilen değişiklikler özelinde sivil topluma temas eden düzenlemelerin usuli güvenceler yönünden değerlendirilmesi

7262 sayılı Kanun ile 5253 sayılı Dernekler Kanunu, 2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu ile terörle mücadele mevzuatında değişiklikler yapılmıştır. Türkiye'deki terörle mücadele mevzuatındaki düzenlemelerin öngörülebilirlik ve belirlilik açısından kanunilik ilkesi ile bağdaşmadığının AİHM tarafından pek çok kararda dile getirilmiş olduğuna yukarıdaki bölümde değinilmiştir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi önünde icrası beklenen dava grupları kapsamında mevzuat değişikliği yapılması ve AİHM içtihatları ile uyumlu hale getirilmesi tavsiye edilmektedir³³. Dolayısıyla, terörle mücadele mevzuatı ile ilgili uygulama sorunlarının olduğu bir ortamda 7262 sayılı Kanun ile getirilen değişikliklerin sivil toplum üzerinde bu kanun hükümlerinin baskı unsuru olarak kullanılmasına sebep olabilir.

Örneğin, 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun 3. maddesinde belirli suçlardan mahkûm olan kişilere derneklerin genel kurul dışındaki

32 MUMCU Ahmet-KÜZECİ Elif, İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 139

33 COMMITTEE OF MINISTERS, Işıkırık group v. Turkey (Application No. 41226/09), https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016809c899a [Erişim tarihi: 10.06.2021]

organlarında “süresiz olarak” görev alma yasağı düzenlenmiştir. Hâl-buki, Türk Ceza Kanunu’nun 53. maddesi kapsamında belli bir suça bağlı olarak belirlenen hak yoksunlukları dahi hükmün infazı ile sınırlı şekilde verilirken, bu düzenlemeyle getirilen süresiz bir görev alma yasağı ölçülülük ilkesi ile bağdaşmamaktadır³⁴.

Öte yandan, 7262 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonrası, 5253 sayılı Dernekler Kanunu’nun görevden uzaklaştırma ve faaliyetten geçici alıkoymayı düzenleyen 30/A maddesi şu şekildedir³⁵:

“Bir derneğin faaliyeti çerçevesinde Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun kapsamında yer alan suçlar ile Türk Ceza Kanununda yer alan uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti veya suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçlarından dolayı derneğin genel kurulu dışındaki organlarında görevli olanlar veya ilgili personel hakkında kovuşturma başlatılması hâlinde bu kişiler veya bu kişilerin görev yaptığı organlar geçici bir tedbir olarak İçişleri Bakanı tarafından görevden uzaklaştırılabilir.

Birinci fıkrada belirtilen tedbirin yeterli olmaması ve gecikmesinde sakınca bulunması durumunda İçişleri Bakanı, derneği geçici olarak faaliyetten alıkoyabilir ve derhâl mahkemeye başvurur. Mahkeme kırk sekiz saat içinde faaliyetten geçici alıkoymaya ilişkin kararını verir ve yargılamaya Türk Medenî Kanununun 89 uncu maddesine göre devam eder. İlgililer her zaman faaliyetten geçici alıkoyma kararının kaldırılmasını talep edebilir. Mahkeme başvurusu gecikmeksizin karara bağlar.

(...)”

Bu hükümle İçişleri Bakanı’na Terörün Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun kapsamına giren suçlardan dolayı ceza yargılamasına tabi tutulan dernek veya vakıf üyelerinin yerine kayyum atamak ve soruşturma sonucuna kadar dernek faaliyetlerini engellemek yet-

34 Bkz. KARAN Ulaş-ABAY Özlem Şen, Kitle İmha Silahlarının Yayılmasının Finansmanının Önlenmesine İlişkin kanun Teklifi hakkında Genel Görüşler, 20 Aralık 2020, Sivil Toplum Geliştirme Merkezi Derneği, s. 4

35 5253 sayılı Dernekler Kanunu <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5253.pdf> [Erişim tarihi: 10.06.2021]

kisi verilmiştir. Herhangi bir mahkeme kararı olmadan uygulanan bu yetkinin başta adil yargılanma hakkı kapsamında usuli güvenceler ile bağdaşmaması bir yana masumiyet (suçsuzluk) karinesi ve örgütlenme özgürlüğüne de aykırılık teşkil edecek nitelikte olduğu söylenebilir. Öte yandan bu tedbire de uygulamada keyfi biçimde başvurulmasına engel olabilecek bir usuli güvencenin getirilmemiş olması da yine Anayasa'nın 13. maddesindeki “ölçülülük” ve “hakkın özüne dokunmama” prensipleri ile bağdaşmamaktadır.

Terörle mücadele mevzuatının, AİHM içtihadında kanunilik ilkesi bakımından öngörülen temel ilkelerle bağdaşmaması³⁶, İçişleri Bakanlığına verilen bu yetkin keyfi kullanıma yol açabilme riskine işaret etmektedir. Halbuki örgütlenme özgürlüğünden kaynaklanan pozitif yükümlülükler devlete bir derneğin ve sivil toplum kuruluşlarının yasal faaliyetlerini özgürce ve etkin şekilde yürütebilmeleri için sağlıklı bir ortam oluşturması ve keyfi müdahalelere karşı usul güvencelerin sağlanmasını da içerir.

Bu çerçevede, Türkiye'deki terör mevzuatı açısından uygulamada ifade özgürlüğü ve barışçıl örgütlenme özgürlüğünün kullanımından dolayı soruşturma açılması söz konusu olabildiğinden, BM Güvenlik Konseyi kararının kapsam ve amacı ile bu düzenlemenin ne ölçüde bağdaştığı tartışmalıdır³⁷. Aynı yönde, 2860 sayılı Yardım

36 AİHM TCK'nin 220/6 ve 7. fıkralarda yer alan örgüt üyesi olmamakla birlikte örgüte yardım ve örgüt adına suç işleme suçlarının Sözleşmenin öngördüğü yasallık ölçütlerine aykırı olduğuna karar vermiştir. bkz: Işıkırık v. Türkiye, no. 41226/09, 14/11/2017; İmret v. Türkiye, (No. 2), no. 57316/10, 10/07/2018

37 Aynı doğrultuda 2860 sayılı Yardım Toplama Kanunun 6. maddesinde yapılan düzenlemeye göre “İzinsiz yardım toplama faaliyetinin internet ortamında yapıldığının tespiti hâlinde ilgili valilik veya İçişleri Bakanlığı tarafından içerik ve/veya yer sağlayıcıya, yardım toplama faaliyetine ilişkin içeriğin çıkarılması için internet sayfalarındaki iletişim araçları, alan adı, IP adresi ve benzeri kaynaklarla elde edilen bilgiler üzerinden elektronik posta veya diğer iletişim araçları ile bildirimde bulunulur. İçeriğin en geç yirmi dört saat içinde içerik ve/veya yer sağlayıcı tarafından çıkarılmaması veya içerik ve yer sağlayıcıya ilişkin bilgilerin edinilememesi ya da teknik nedenlerle bildirimde bulunulamaması hâlinde ilgili valilik veya İçişleri Bakanlığı internet ortamındaki söz konusu içeriğe ilişkin erişimin engellenmesine karar verilmesi için sulh ceza hâkimliğine başvurur. Hâkim, talebi en geç yirmi dört saat içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar ve gereği yapılmak üzere doğrudan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna gönderir. Bu karara karşı 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz edilebilir. Bu fıkra kapsamında verilen erişimin engellenmesi kararı, içeriğe erişimin engellenmesi (URL vb.) yöntemiyle verilir.” Ayrıca Kanun'un 29. maddenin 8. fıkrasına göre izinsiz toplanan fonlara el koyma imkânı da düzenlemektedir.

Toplama Kanunu'nun 29. maddesinin 8. fıkrasında izinsiz toplanan mal ve paralara el konularak mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilebilmesi de düzenlemenin süre ve kapsam bakımından usuli güvenceleri içermemesi bakımından sorunludur. Bu durum uygulamada keyfiyete neden olabilir.

Mali Suçları Araştırma Kurulu [MASAK] tarafından hazırlanan Kar Amacı Gütmeyen Kuruluşların Terörün Finansmanı Amacıyla Suiistimalinin Önlenmesine Yönelik Rehber'de de FATF'ın kâr amacı gütmeyen kuruluşlarla ilgili 8 numaralı tavsiyesine dikkat çekilmiş ve risk bazlı yaklaşım uygulama tavsiyesine yer verilmiştir³⁸. Buna göre ülkelerin, terörün finansmanı yönünden istismar edilme riski bulunan kâr amacı gütmeyen kuruluşların özelliklerini ve türlerini tespit etmek ve tespit edilen risklerin giderilmesi için orantılı ve etkin tedbirler almak amacıyla düzenleme yapması tavsiye edilmektedir.

Nitekim Dernekler Kanunu'nun 19. maddesinde de risk değerlendirmesi ile ilgili bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre:

“Gerekli görülen hallerde, derneklerin tüzüklerinde gösterilen amaçlar doğrultusunda faaliyet gösterip göstermedikleri, defterlerini ve kayıtlarını mevzuata uygun olarak tutup tutmadıkları İçişleri Bakanı veya mülkî idare amiri tarafından kamu görevlilerine denetletilebilir. (Ek cümle:27/12/2020-7262/13 md.) Bu denetimlerin, yapılacak risk değerlendirmelerine göre üç yılı geçmeyecek şekilde her yıl yapılması esastır. Bu denetimlerde kolluk kuvveti mensupları görevlendirilemez. İçişleri Bakanlığı ve mülkî idare amirlerinin yapacağı denetimler mesai saatleri içerisinde yapılır. Bu denetimler en az yirmidört saat önce derneklere bildirilir. (Ek cümleler:27/12/2020-7262/13 md.) İçişleri Bakanlığı mülkiye müfettişleri ve dernekler denetçileri hariç, denetimlerde görevlendirilecek kamu görevlilerine verilecek ücretin tutarı İçişleri Bakanlığı ile Hazine ve Maliye Bakanlığınca birlikte tespit olunur ve İçişleri Bakanlığı bütçesine konulacak ödenekten karşı-

38 Kar Amacı Gütmeyen Kuruluşların Terörün Finansmanı Amacıyla Suiistimalinin Önlenmesine Yönelik Rehber https://cdn.vgm.gov.tr/genelicerik/genelicerik_1103_250619/teror-finansmani-amaciyla-suiistimalinin-onlenmesine-yonelik-rehber-turkce.pdf [Erişim tarihi: 10.06.2021]

lanır. Bu denetimlerde görevlendirileceklerle ilişkin usul ve esaslar yönetmelikte düzenlenir: (...)

Bununla birlikte, bu düzenleme ile “risk” konusunda ölçüt belirleme yetkisi idareye verilmiş ve yasal düzenlemenin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya yer vermeyecek şekilde açık, net ve anlaşılır şekilde olması gerektiğine ilişkin “belirlilik” ilkesi ile bağdaşmayan bir düzenleme yapılmıştır. İdare tarafından keyfi şekilde uygulanacak bir risk değerlendirmesi ile idarenin takdir yetkisinin aşılması ihtimaline karşı herhangi bir usuli güvence de öngörülmemiştir.

BM Güvenlik Konseyi’nin ancak devletlere yönelik yaptırım kararı alabileceğini ve doğrudan kişi hak ve özgürlüklerini kısıtlama yönünde karar alma yetkisi bulunmadığını da belirtmek gerekir³⁹. Bununla birlikte, BM Güvenlik Konseyi kararları uluslararası hukuk bakımından bağlayıcı olmakla birlikte, Yaptırımlar Komitesi’nin kararlarının bağlayıcılığı tartışmalıdır⁴⁰. Zira malvarlığının dondurulması kararı alınmasına çağrı yapılan listeler BM Güvenlik Konseyi tarafından değil, 1267 (1999) sayılı BM Güvenlik Konseyi kararıyla oluşturulan Yaptırımlar Komitesi tarafından oluşturulmaktadır. Dolayısıyla bu kararların üye devletler açısından bağlayıcı olduğu söylenemez. Bu sebeple bu kararların bireysel somut olay değerlendirmesi yapılmaksızın derhal uygulanması hukuk güvenliği bağlamında sorun teşkil etmektedir. Öte yandan listeye alma kararlarının da Güvenlik Konseyi tarafından bağımsız ve tarafsız bir yargı denetimine tabi olmadan verilmesinin hukukun üstünlüğü ilkesini de göz ardı edeceği ileri sürülmektedir⁴¹.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında özetlemek gerekirse, terörle mücadele mevzuatının, terör suçlarını diğer suçlardan ayıran nitelikleri açık şekilde tanımlayacak ve özellikle AİHM içtihadı ile bağdaşır nitelikte yeniden ele alınması ve öngörülebilirlik ve belirlilik ilkele-

39 ÖZGENÇ İzzet, Suç Örgütleri, Seçkin Yayıncılık, 13. bası, Ankara, 2020, s. 261

40 Bağlayıcılık açısından bkz: ÖZGENÇ İzzet (2020), Suç Örgütleri, s. 266; KARAGÖZOĞLU Ceren, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Bireye Yönelik Ekonomik Yaptırım Kararları ve İnsan Hakları İlişkisi, Public and Private International Law Bulletin, İstanbul Üniversitesi Yayınevi, 39(1), 2019, 217–273, s. 234

41 ULUSOY HALATÇI Ülkü, Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Kapsamında Birleşmiş Milletler akıllı Yaptırımları, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 145

ri ışığında gözden geçirilmesi gereklidir. Terörizmin finansmanı ve terörizme fon sağlanması kapsamında değerlendirilecek eylemlerin de açıkça tanımlanmasına ve usuli güvencelerin kanunla oluşturulmasına imkan sağlanması önem arz etmektedir. Bu çerçevede yargısal denetim yollarının açılması gerekliliği de dikkate alınmalıdır.

II. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER PERSPEKTİFİNDEN ÖNLEYİCİ TEDBİRLERİN UYGULANMASI

A. Malvarlığının Dondurulması Kararının Usuli Güvencelerinin Tartışılması

1. Önleyici bir tedbir olarak “malvarlığının dondurulması”

Terör örgütlerinin elde ettikleri gelirlerin mali sisteme sokulmasının tespiti bakımından etkin mali kontrollerin gerçekleştirilmesi önleyici tedbirler kapsamındadır⁴². Özellikle terörizmin finansmanının önlenmesine ilişkin alınan önleyici tedbirler, el koyma kararı niteliğindeki malvarlığını dondurma kararları açısından bireylerin mülkiyet hakkına orantısız müdahale teşkil edebilmektedir. Öte yandan, şüpheli işlem bildirim yükümlülüğü açısından da bazı meslek gruplarının yükümlü oldukları sır saklama yükümlülüğünün ihlali söz konusu olabilir. 6415 sayılı Kanun’da yer alan fon tanımı uyarınca, suç geliri veya kazanç olması şartı aranmaksızın taşınır veya taşınmaz her türlü mal fon kapsamına sokulabilmektedir. Kanun’un 2. maddesi uyarınca fon ve malvarlığı şu şekilde tanımlanmıştır: “(...) fon, para veya değeri para ile temsil edilebilen taşınır veya taşınmaz, maddi veya gayri maddi her türlü mal, hak, alacak ile bunları temsil eden her türlü belgeyi, malvarlığı ise bir gerçek veya tüzel kişinin mülkiyetinde veya zilyetliğinde bulunan ya da doğrudan veya dolaylı olarak kontrolünde olan fon ve gelir ile bunların birbirine dönüştürülmesinden hasil olan menfaat ve değeri, (...)” ifade eder.

Konuyu aşağıda ele almadan evvel, bu tanım kapsamında bir ön meseleye değinmekte fayda görmekteyiz. Teknolojik gelişmeler ışığında fon tanımının içine kripto paraların dahil edilmesi ile ilgili düzenleme yapılması beklenebilir. Nitekim, son yıllarda gündemde

42 YILMAZ Yeşim (2020), s. 187

olan kripto varlıkların, özellikle anonim bir yapıya sahip olmaları nedeniyle suç gelirlerinin aklanması ve terörizmin finansmanı faaliyetlerinde de yoğun olarak kullanılabilmekte olduğuna dikkat çekilmektedir⁴³. Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası tarafından 16 Nisan 2021 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan ödemelerde kripto varlıkların kullanılmamasına dair Yönetmelik ile, kripto varlıkların, ödemelerde doğrudan veya dolaylı bir şekilde kullanılamayacağı ve kullanılmasına yönelik hizmet sunulamayacağı belirtilmiştir⁴⁴. Öte yandan, 1 Mayıs 2021 tarihli ve 31471 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik’te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik 4. maddesinde değişiklik yapılarak, yükümlüler kapsamına suç gelirlerinin aklanmasının ve terörizmin finansmanının önlenmesi, finansal ve finansal olmayan kuruluşlar ile bazı iş ve meslek gruplarının suçlular tarafından kullanılmasının engellenebilmesi için kripto varlık hizmet sağlayıcıları ve tasarruf finansman şirketleri de dahil edilmiştir⁴⁵. Ancak Yönetmelik’te fon ve malvarlığı tanımında bir değişiklik yapılmamıştır. Bununla birlikte, MASAK kripto varlık hizmet sağlayıcıları için bir rehber yayımlamıştır. Rehber, Yönetmeliğin 4. maddesi kapsamında yükümlü kuruluşlar arasına dahil edilen kripto para platformlarının uyacağı kuralları düzenlemiştir⁴⁶.

Türkiye’nin tarafı olduğu BM Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Uluslararası Sözleşmenin gereklerinin iç hukukla bağdaştırılması kapsamında yürürlüğe giren 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun, terörizmin finansmanı suçunun tanımlanması yanında, idari bir tedbir olarak malvarlığının dondurulması tedbirini de düzenlemektedir. 6415 sayılı Kanun’un 2. maddesinin d) bendinde malvarlığının dondurulması, malvarlığının ortadan kaldırılmasının, tüketilmesinin, dönüştürülmesinin, transferinin, devir ve temlik edilmesinin ve sair tasarrufi işlemlerin

43 <https://www.hmb.gov.tr/haberler/basin-aciklamasi-6> [Erişim tarihi: 10.06.2021]

44 <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/04/20210416-4.htm> [Erişim tarihi: 10.06.2021]

45 <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=200713012&MevzuatTur=21&MevzuatTertip=5> [Erişim tarihi: 10.06.2021]

46 <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/sites/12/2021/05/Kripto-Varlik-Hizmet-Saglayicilar-Rehberi.pdf> [Erişim tarihi: 10.06.2021]

önlenmesi amacıyla, malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisinin kaldırılması veya kısıtlanması olarak tanımlanmıştır.

Kavram olarak, malvarlığının dondurulması kavramının ceza muhakemesi hukukundaki el koyma kararı ile karşılaştırılması, bu tedbirin temel hak ve özgürlüklere etkilerinin daha net anlaşılması için faydalı olacaktır. Bilinmektedir ki, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 128. maddesi ile ve 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun'un 17. maddesinde düzenlendiği şekilde, bir suçun işlenmesi suretiyle veya sebebiyle elde edildiği konusunda şüphe sebepleri bulunması halinde belirli bir malvarlığı değeri ile ilgili olarak yürütülmekte olan soruşturma ve kovuşturma süresince el koyma kararı uygulanabilir. Ancak Anayasa'nın 35. maddesi ile güvence altına alınan mülkiyet hakkına müdahale teşkil eden el koyma kararı kanundaki şartların gerçekleşmesi halinde hakim tarafından verilebilmektedir. Müdahalenin kanuni dayanağının ve hakim güvencesinin olmasının yanında, ölçülülükü bakımından da süreli olarak verilmekte ve kararın hukuki denetimi de itiraz yolu ile sağlanmaktadır.

Aynı doğrultuda malvarlığının dondurulması tedbiri de el koyma tedbiri ile benzer şekilde Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesi'nin 2. maddesinde tanımlanmıştır. Bu madde ile *“malvarlığının devri, tasarrufu veya hareketinin geçici olarak yasaklanması veya kontrolünün geçici olarak üstlenilmesi anlamına gelen malvarlığının dondurulması kararının da el koyma kararı gibi mahkeme veya başka bir yetkili makamın emri ile geçici bir kısıtlama ya da yasaklama tedbiri olarak verilebileceği”* düzenlenmiştir. Sözleşmenin 18. maddesi de bu tedbirin ilgili soruşturma ve kovuşturma süresince verilebileceğini öngörmektedir. Diğer taraftan, Terörizmin Finansmanının Önlemesine Dair Uluslararası Sözleşme'nin 8. maddesi de, gerektiğinde müsadere edilebilmesi amacıyla, Sözleşmenin 2. maddesinin işlenmesi için kullanılan veya kullanılması için oluşturulan fonların veya kazançların tespiti için bunların dondurulması, el konulması için iç hukuk uyarınca gerekli tedbirleri almakla devletleri yükümlü kılmıştır.

Bu çerçevede yapılan tanımlara bakıldığında, malvarlığının dondurulması tedbirinin geçici bir önleyici tedbir olarak el koyma kararına benzer şekilde düzenlendiği ve müsadere ile farklı bir tedbir

olduğu görülmektedir. Bununla birlikte, BM Güvenlik Konseyi'nin 1267 sayılı kararına dayanılarak BM bünyesinde kurulan Yaptırımlar Komitesi'nin oluşturduğu listelerde yer alan kişi, kuruluş veya organizasyonların sahibi olduğu ya da kontrolünü sağladığı malvarlıklarının dondurulması için gerekli tedbirleri alma çağrısı önemli bir sorun ortaya çıkarmıştır. Malvarlığının dondurulması kararı hakim güvencesi öngörülen geçici nitelikte ve süreli bir önleyici tedbirden farklı bir kavrama dönüşmüştür. Aynı doğrultuda, 1267 sayılı kararı takiben, 11 Eylül 2001 saldırısı sonrasında, BM Güvenlik Konseyi'nin aldığı 1373 sayılı kararla da üye devletler terör eylemlerinin işlenmesi amacıyla finansman temin eden fon sağlayan kuruluş ve organizasyonların sahibi oldukları veya kontrol altında tuttıkları mal varlıklarını dondurmaya çağırılmışlardır⁴⁷.

2. Malvarlığını dondurma usulleri ve güvencelerin kapsamı

Malvarlığını dondurma kararı bakımından usuli güvenceler tartışılırken ele alınması gereken bazı hususlar bulunmaktadır. Örneğin, 6415 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 1. fıkrasına göre, "*Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin 1267 (1999), 1988 (2011) ve 1989 (2011) sayılı kararlarıyla listelenen kişi, kuruluş veya organizasyonların tasarrufunda bulunan malvarlığının dondurulması kararları, Bakanlar Kurulunun Resmî Gazete'de yayımlanan kararıyla gecikmeksizin uygulanır.*" BM Güvenlik Konseyi'nin yayımlanan bu kararları çerçevesinde Yaptırımlar Komitesi'nin malvarlığının dondurulmasına yönelik kişilerle ilgili listeye ama ve listeden çıkarma kararları yayımlanmamaktadır. Ancak yayımlanmayan bu kararlara istinaden başkaca bir bireysel değerlendirme yapılmadan gecikmeksizin idari bir kararla bireylerin mülkiyet hakkına müdahale teşkil eden bir tedbir uygulanması usuli güvenceler bağlamında sorun oluşturmaktadır. Kaldı ki, iç hukukta da listeden çıkarmaya ilişkin öngörülmüş bir adli ya da yasal yol bulunmamaktadır⁴⁸.

47 Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin malvarlığının dondurulması tedbirinin usul ve esasları ile listeden çıkartmaya ilişkin pek çok konuyu düzenlediği 1730, 1735, 1904, 1363, 1390, 1450, 1452, 1455, 1526, 1617 sayılı kararları hakkında daha detaylı bilgi için bkz: ÖZGENÇ (2020), ss. 258-259

48 KOCASAKAL Ümit, Terörizmin Finansmanı, 18. Uluslararası Ceza hukuku Kongresi, TCHD Yayınları No: 11, İstanbul, 20-27 Eylül 2009, s. 148

BM Güvenlik Konseyi'nin 1267 (1999) ve 2011 yılında alınan 1988 (2011) ve 1989 (2011) devamı niteliğindeki kararları, "Tali-ban" ve "El-Kaide" tarafından dünya genelinde gerçekleştirilen terör saldırılarının ardından bundan sonra gerçekleşmesi muhtemel terör saldırılarını engelleyebilmek ve bu örgütlenmelerin idamelerini önlemek amacıyla ilgili listelerde yer alan kişi ve kuruluşların mal varlıklarının dondurulması dahil çeşitli yaptırımları içermektedir⁴⁹. BM Güvenlik Konseyinin 1267 (1999) Kararları kapsamında Yaptırımlar Komitesi tarafından listelenen kişilere ilişkin olarak 2001 yılından bu yana Bakanlar Kurulu kararı ile yapılan işlemler, 6415 sayılı Kanun'un 5. maddesinde 6771 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle Cumhurbaşkanlığı kararı ile gerçekleştirilecektir⁵⁰. Resmî Gazete'de yayımlanan yaptırım kararı gecikmeksizin uygulanır ve Dışişleri Bakanlığı tarafından BM Güvenlik Konseyi'ne bildirilir.

6415 sayılı Kanun'un 5. maddesi kapsamında Bakanlar Kurulu ve değişiklik sonrası Cumhurbaşkanlığı kararıyla alınacak malvarlığının dondurulması kararı bu konudaki tek düzenleme değildir. Diğer bir düzenleme de 6415 sayılı Kanun'un 6. maddesinde yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre, yabancı bir devlet tarafından kişi, kuruluş ve organizasyonların mal varlıklarının dondurulmasının talep edilmesi halinde, bu talep Değerlendirme Komisyonunca değerlendirilerek Cumhurbaşkanlığı kararıyla karara bağlanabilecektir⁵¹. Kanun'un 5. maddesindeki otomatik karar usulünden farklı olarak, Değerlendirme Komisyonu, yabancı ülkeden gelen talepleri değerlendirirken karşılıklılık ilkesini gözetecek ve talebin yerine getirilmesi için, ilgili devletten teminat talep edebilecektir. Ayrıca karar verilebilmesi için yabancı devlet tarafından taleple birlikte gerekçelerinin de gönderilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, malvarlığının dondurulması kararı verilmesi halinde talep eden devlet tarafından bir yıl içerisinde soruşturma başlatılmaması durumunda dondurma kararları kaldırılabilecektir.

49 <https://www.hmb.gov.tr/6415-sayili-terorizmin-finansmaninin-onlenmesi-hakkinda-kanun> [Erişim tarihi: 10.06.2021]

50 <https://masak.hmb.gov.tr/5-maddeye-iliskin-bakanlar-kurulu-kararlari>; 05 Haziran 2021 tarihli 31502 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4082 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararı. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/06/20210605-8.pdf> [Erişim tarihi: 10.06.2021]; <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/19.5.1.pdf> [Erişim tarihi: 10.06.2021]

51 <https://masak.hmb.gov.tr/6-maddeye-iliskin-bakanlar-kurulu-kararlari> [Erişim tarihi: 10.06.2021]

Öte yandan, aynı Kanun'un 7. maddesinde düzenlenen diğer malvarlığının dondurulması usulü ise, yabancı devletlere yapılacak malvarlığının dondurulması talepleri ile Türkiye'de bulunan malvarlığı hakkında yapılacak işlemlere ilişkindir. Bu durumda da, Değerlendirme Komisyonu, Kanun'un 3. maddesinde yer alan fon sağlanması veya toplanması yasak fiilleri ve 4. maddedeki terörizmin finansmanı suçunu gerçekleştirdiği hususunda makul sebeplerin varlığına istinaden kişi, kuruluş veya organizasyonların yabancı ülkelerde bulunan malvarlığının dondurulması talebiyle Bakanlar Kuruluna öneride bulunulmasına ve Türkiye'de bulunan malvarlığıyla bağlantılı olarak ilgililer hakkında CMK uyarınca soruşturma açılması talebiyle suç duyurusunda bulunulmasına karar verebilir. Bu madde kapsamında 7 Nisan 2021 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Cumhurbaşkanı kararıyla 377 kişi ve kuruluş hakkında malvarlığı dondurma kararı alınmıştır⁵².

Kanunda düzenlenen malvarlığının dondurulması kararlarının kapsamına bakıldığında, Türkiye'de işlenen terörün finansmanı suçuna ilişkin olarak 6415 sayılı Kanun ile yeni herhangi bir tedbir mekanizması getirilmediği görülmektedir. Dolayısıyla, Türkiye'de terörün finansmanı suçunun işlenmesi halinde ceza muhakemesi hukuku çerçevesinde el koyma kararının uygulanmasına devam olunacaktır.

Bu Kanun kapsamında alınan kararların usuli güvenceleri haiz olup olmadığına bakıldığında bu konuda ceza muhakemesi sistemindeki güvencelerle bağdaşmadığı söylenebilecektir. Öncelikle Kanun'un 5. maddesi uyarınca BM Yaptırımlar Komitesi'nin listelerine istinaden çıkartılacak malvarlığı dondurma kararı için bu listelerdeki kişiler ya da kuruluş ya da organizasyonlar hakkında bir suç nedeniyle soruşturma veya kovuşturma bulunmasına gerek yoktur. İlgili kişinin isnat edilen suçu gerçekten işleyip işlemediği de belli değildir⁵³. İlgili listelerdeki kişi ya da kuruluşların tüm mal varlıkları süresiz biçimde bir idari karar ile dondurulmaktadır. Ceza muhakemesi hukukunda el koyma kararı hakim güvencesinde ve geçici

52 <https://masak.hmb.gov.tr/7madde> [Erişim tarihi: 10.06.2021]

53 GÖDEKLİ Mehmet, Terörizmin Finansmanı Suçu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 392

olarak verilebilirken⁵⁴, aynı mahiyetteki malvarlığının dondurulması kararının usuli güvenceler bertaraf edilerek verilmesi Anayasa'nın 38. maddesinin 9. fıkrasındaki genel müsadere yasağı ile bağdaşmamaktadır⁵⁵. Zira bu madde açıkça, idarenin, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamayacağını düzenlemektedir.

Öte yandan, 6415 sayılı Kanun kapsamında malvarlığının dondurulması kararları hakkında yapılacak mali araştırma açısından MASAK önemli bir rol oynamaktadır. Bir yargı kararı olmadan idari bir makam niteliğindeki MASAK tarafından mali araştırma yapıldığı, Değerlendirme Komisyonu'nun MASAK tarafından toplanan bilgileri değerlendirilerek talepte bulunduğu ve Cumhurbaşkanı tarafından tedbirin uygulanmasına karar verildiği göz önüne alındığında mülkiyet hakkı üzerindeki müdahalenin yargı güvencesi olmaksızın gerçekleşmesi söz onuşu olmaktadır. Dolayısıyla da bu uygulamanın erkler ayrılığı ilkesi ile bağdaşmadığı söylenebilecektir. Her ne kadar malvarlığının dondurulmasına ilişkin olarak alınan kararlara karşı, 2575 sayılı Danıştay Kanunu ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu çerçevesinde başvuru ve dava açma hakkı mevcut olduğu düşünülse de, bu yol, *a posteriori*, yani tedbirin uygulanmasından sonra başvurulabilecek bir itiraz yoludur. Yargı süreci ile ilgili olarak, yargılamanın uzun sürmesi gibi endişelerin önleyici nitelikteki bu tedbirin hızlı şekilde alınmasını meşrulaştırdığı savunulabilir⁵⁶. Bununla birlikte, uzun süren ve *a posteriori* uygulanan bir itiraz sürecinde haksız uygulanan tedbirler nedeniyle mağduriyete sebebiyet verilmesi açısından da aynı endişenin geçerli olduğunu söylenebilecektir. Bu kapsamda usuli güvenceler artırılarak adil bir denge kurulmasına ihtiyaç duyulduğunun altını çizmek gerekir. Özetle, idari yargı mercileri önündeki yargılamanın uzun sürebildiği de dikkate

54 Müsadere ve el koyma farkı için bkz: CENTEL Nur-ZAFER Hamide-ÇAKMUT YENERER Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta, 11. bası, 2020, İstanbul, ss. 739-740; ÖZBEK Veli Özer-DOĞAN Koray- BACAKSIZ Pınar, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 633

55 ÖZGENÇ (2020), s. 268-269; SÖZÜER Adem, Güvenliğin İzin Verdiği Ölçüde Özgürlük Anlayışının Bir Örneği Olarak, Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun, Güncel Hukuk, Mayıs 2013, ss. 38-41, s. 41; GÖDEKLİ (2017), s. 408; ULUSOY (2014), s. 244-245

56 YILDIRIM Zeki, Türk Hukukunda Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Amacıyla Malvarlığını Dondurma Tedbiri, SDÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, 2013, ss. 61-108, s. 83-84

alındığında bireylerin mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin oluşturduğu mağduriyeti etkin şekilde giderebilecek bir yol bulunmadığını söylemek mümkündür.

Öte yandan, yabancı devlet tarafından iletilen talep sonrasında yargı kararı olmaksızın bir idari merci tarafından malvarlığının dondurulması, bireylerin mülkiyet hakkı üzerinde kanunilik kriteri açısından öngörülebilir bir müdahale olarak da nitelendirilemez. Türkiye’de terörün finansmanı suçu işenmesi halinde uygulanacak el koyma kararı bakımından CMK’daki yargı güvencesi ve itiraz usulleri uygulanabilecekken, yabancı devlet tarafından bir talepte bulunulması halinde bu usuli güvenceleri bertaraf etmek Anayasa’nın eşitlik ilkesi ile bağlantı olarak Anayasa 35. maddesindeki mülkiyet hakkı ile bağdaşmayan bir müdahale oluşturabilir⁵⁷. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi bu açıdan 6415 sayılı Kanun’un 6. maddesini incelemiş ancak malvarlığının dondurulması kararının Bakanlar Kurulu tarafında karşılıklılık ilkesine göre karara bağlanacağını düzenleyen hükmü Anayasa’ya aykırı bulmamıştır⁵⁸. Anayasa Mahkemesi neticede, malvarlığının dondurulması kararının mutlaka yargı makamı tarafından verilmesi gerektiğine ilişkin Anayasa’da bir hüküm olmadığı gerekçesiyle bu sonuca varmıştır⁵⁹.

3. AİHM içtihadında öngörülen usuli güvenceler ve adil denge meselesi

Genel olarak, AİHM *Uzan ve diğerleri v. Türkiye* davasında, başvurucuların beraat kararları ve kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararlara rağmen, mal varlıkları ile ilgili olarak ihtiyati tedbirlerin uygulanması ve otomatik olarak bu tedbir kararlarının devam etmesinde, yerel mahkemelerin, davanın kendine özgü koşullarına en uygun araçların neler olduğunu değerlendirmede dikkate almıştır. Bu bağlamda, yerel makamların kamu yararının gerekleri ile başvuruların mülkiyetlerine saygı haklarının korunmasına ilişkin gereklilikler

57 KANADOĞLU Korkut, “Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun’un Mülkiyet Hakkı Açısından Değerlendirilmesi”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 4, Aralık 2014, 119-120

58 Anayasa Mahkemesi 2013/45 E. 2013/113K. sayılı 10/10/2013 tarihli kararı

59 GÖDEKLİ (2017), s. 401

arasında “adil bir denge” gözetmemiş oldukları sonucuna varmış-
tır⁶⁰.

Diğer taraftan, bu çalışmanın konusu özelinde, AİHM, *Nada v. İsviçre* kararında BM yaptırımlar listesinin iç hukukta uygulanmasına ilişkin olarak alınan tedbirleri ele almıştır. Karara konu olayda, başvuru ve ilişkili olduğu birkaç kuruluş, Yaptırımlar Komitesi’nin listesine ve daha sonra Taliban Yönetmeliği’nin Ek listesine eklenmiştir. 2002 yılının Ocak ayında BM Güvenlik Konseyi, yaptırımlar listesindeki tüm birey, grup, kurum ve ilgili tüzel kişilerin seyahat etmesini yasaklayan 1390 Sayılı Önerge’yi (2002) kabul etmiştir. İsviçre Taliban Yönetmeliği de buna uygun olarak değiştirilmiş, böylece başvuran da dahil olmak üzere listelenen tüm kişilerin İsviçre’ye girmeleri ve İsviçre’den geçmeleri yasaklanmıştır. AİHM başvuru açısından getirilen kısıtlamaların süresini ve başvurunun bireysel durumunu yeterince göz önüne bulundurmadağı kanaatine varmıştır. AİHM, BM Güvenlik Konseyi önergelerinin kendi hukuk sisteminde nasıl uygulanacağına karar verme yetkisinin yine devlete ait olması nedeniyle, yaptırımların başvuran üzerinde daha az şiddetle uygulanabileceğini belirtmiştir. AİHM, sadece Güvenlik Konseyi önergelerinin bağlayıcı mahiyetine dayanmadığını ve uyguladığı yaptırımları başvuranın kişisel durumuna adapte etmek için kendisine verilen yetki çerçevesinde alınması mümkün olan bütün önlemlerin alınmış olması gerektiğini belirtmiştir⁶¹.

AİHM *Nada v. İsviçre* kararında Güvenlik Konseyi kararını uygulamakla yükümlü devletin belli oranda bir takdir yetkisi olduğu varsayımı yer almaktadır⁶². Bununla birlikte bu kararda iç hukukta tedbire karar verilmesinde somut olayın şartlarının ve bireysel durumun değerlendirilmiş olmasına yapılan vurgu usuli güvenceler bakımından önemlidir. Bu değerlendirme malvarlığının dondurulması tedbiri açısından da, *mutatis mutandis*, uygulanabilir. Nitekim yargı organı tarafından değil yürütmeye bağlı bir idari makam tarafından, bireysel durum araştırması yapılmadan, bir suç işlendiğine ilişkin soruşturma bulunması dahi gerekmeden, malvarlığının tamamı üze-

60 Uzan ve Diğerleri v. Türkiye, no. 19620/05 41487/05 17613/08, 05/03/2019, §§ 215-216

61 Nada v. İsviçre [BD], no. 10593/08, 12/09/2012

62 KARAGÖZOĞLU (2019), s. 240

rinde ve süresiz şekilde verilen bir tedbir olduğu dikkate alındığında malvarlığının dondurulması kararının mülkiyet hakkına ilişkin usuli güvencelerle bağdaşmadığı söylenebilecektir.

AIHM bu başvuruyu etkin başvuru hakkı açısından da değerlendirmiştir. Kararda, her ne kadar İsviçre, tedbirin kaldırılması konusundaki yetkinin tek başına BM Yaptırımlar Komitesi'ne ait olduğunu ve yaptırımları kendisinin tek başına kaldırma yetkisinin bulunmadığını belirtmiş olsa da, AIHM ismin listeden çıkarılmasına ilişkin itirazda bulunabileceği etkin bir yolun da bulunmadığına karar vermiştir⁶³.

Bu çerçevede, uygulanan tedbirlerin yargısal denetimi açısından, *Nada v. İsviçre* kararında varılan sonuç ayrıca önemlidir. 1267 (1999) sayılı “Taliban” ve “El-Kaide”ye ilişkin BM Güvenlik Konseyi kararları kapsamındaki listelere karşı yapılacak itirazların, MASAK tarafından Dışişleri Bakanlığı aracılığıyla BM Güvenlik Konseyine iletilmesi ve itirazların ombudsman mekanizması aracılığıyla değerlendirilip karara bağlanması⁶⁴ da tarafsız ve bağımsız niteliği haiz etkin bir itiraz prosedürü olarak kanaatimizce nitelendirilemez. Bu durum adil yargılanma hakkına ilişkin usuli güvenceler bağlamında tarafsız ve bağımsız bir mahkemeye erişim hakkı açısından da sorunludur⁶⁵.

Anayasa'nın 35. maddesinde, herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu, ancak bu hakkın kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabileceği düzenlenmiştir. Ancak bu sınırlama yetkisinin ölçülü olması ve aşırı bir yük oluşturmaması gereklidir⁶⁶. Bilindiği üzere, AIHS'e Ek 1 numaralı Protokol'ün mülkiyet hakkını düzenleyen 1. maddesi üç ayrı kuralı düzenlemektedir. Bu maddenin 1. bendinin birinci cümlesinde mülkiyete saygı hakkından söz edilmekte olup, aynı bendin ikinci cümlesinde yer alan ikinci kuralda mülkten yoksun bırakma işlemi bazı koşullara bağlanır; ikinci bentte yer alan üçüncü kuralda

63 Nada v. İsviçre, § 213

64 <https://www.hmb.gov.tr/6415-sayili-terorizmin-finansmaninin-onlenmesi-hakkinda-kanun> [Erişim tarihi: 10.06.2021]

65 Al-Dulimi ve Montana Management Inc. v İsviçre [BD], no. 5809/08, 21/06/2016, § 150-154; KARAGÖZOĞLU (2019), s. 248; YENİSEY Feridun – NUHOĞLU Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 7. bası, 2019, s. 410

66 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 Numaralı Protokolünün 1. Maddesi Rehberi, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_1_Protocol_1_TUR.pdf

ise sözleşmeci devletlere mal ve mülklerin kullanımını kamu yararına uygun şekilde düzenleme yetkisi tanınır. Mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkına müdahale edilirken, kamu yararının gerekleri ile bireylerin temel haklarının korunması arasında “adil bir denge” gözetilmelidir. Başvurulan yollar ile kişiyi mal ve mülkten mahrum bırakmayı da kapsayacak şekilde devletin aldığı tedbirlerle, ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir orantılılık olmalıdır⁶⁷. İhtilaflı tedbirin gerekli adil dengeyi gözetip gözetmediği ve özellikle de başvurana orantısız bir yük yükleyip yüklenmediğinin değerlendirilmesi için iç hukuktaki düzenlemelerin değerlendirilmesi gerekir.

Türkiye’de malvarlığının dondurulması tedbiri açısından, Yasin el-Kadı’ya uygulanan malvarlığının dondurulması kararında ilk derece mahkemesi sıfatıyla davaya bakan Danıştay 10. Dairesi Güvenlik Konseyi kararlarının uygulanma biçiminin ulusal hukuka bırakıldığı ve Bakanlar Kurulu kararının Anayasa ve ilgili düzenlemelere aykırı olduğuna karar vermiştir. Ancak, davanın temyiz mercii Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 22 Şubat 2007 tarihli kararında bu yetkinin idari bir kurul olan Bakanlar Kuruluna verilmesinin, Anayasaya aykırı olmadığını belirlemiştir⁶⁸. Mahkeme’nin kararının gerekçesine göre “Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin, BM Şartının VII. Bölümü çerçevesinde alacağı kararlar üye devletler yönünden bağlayıcı nitelik taşımaktadır. Üye ülkelerin üstlendikleri bu yükümlülüğü yerine getirmek için iç hukuklarında ayrıca bir yasal düzenleme aranmasına gerek yoktur. Üye ülke olarak Türkiye Cumhuriyeti Hükümetine, diğer bir deyişle Bakanlar Kuruluna düşen görev, alacağı bir karar ile Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin, Antlaşmanın VII. Bölümü çerçevesinde almış olduğu zorlayıcı önlemleri Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde yürürlüğe koymak ve uygulanır hale getirmektir. Dolayısıyla, Birleşmiş Milletler Antlaşmasının üye ülkelere getirdiği bu yükümlülüğün yerine getirilmesi ve Güvenlik Konseyince belirlenen zorlayıcı önlemlerin uygulamaya konulması hususunda Bakanlar Kurulunun yetkili olduğunun kabulü gerekmektedir”⁶⁹.

67 Pek çok karar arasında, bkz: Kozacıoğlu v. Türkiye [BD], no.2334/03, 19/02/2009; Pressos Compania Naviera S.A. ve Diğerleri -v. Belçika, no. 17849/91, 20/11/1995

68 YILDIRIM (2013), s. 81; ULUSOY (2014), s. 257

69 Bununla birlikte Uluslararası Adalet Divanı ilgili Avrupa Birliği Tüzüğü’nün ekli listesinde

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, verdiği bu kararlar Danıştay'ın kararının aksi yönünde bir sonuca varmıştır. Bununla birlikte, idare tarafından mülkiyet hakkı bakımından sınırlama getirilebileceğini kabul ederken, ölçülülük değerlendirmesi ve usuli teminatlar bakımından bir değerlendirme yapmadığı gözlemlenmektedir. Kaldı ki, Avrupa Birliği Adalet Divanı da Avrupa Birliği'nin, Yasin el-Kadı'nın malvarlığını dondururken savunma hakkına saygı göstermediğine karar vermiştir⁷⁰.

4. Malvarlığının dondurulması kararında MASAK'ın etkisinin usuli güvenceler bakımından değerlendirilmesi

FATF 1990 yılında yayımladığı tavsiye kararıyla devletlerin yerine getirmesi gereken yükümlülükleri belirlemiş ve bu yükümlülüklerle uyulmaması halinde riskli ülke ilan edileceğini düzenlemiştir⁷¹. Türkiye'de suç gelirlerinin aklanmasıyla ve terörizmin finansmanı-yla mücadele mali istihbarat faaliyeti Mali Suçları Araştırma Kurulu (MASAK) Başkanlığı'nca yürütülmektedir. MASAK, anılan fonksiyonları icra edebilmek için uygulama stratejileri geliştirmekte, ilgili kurum ve kuruluşlar arasında koordinasyon sağlamakta, görüş ve bilgi alışverişinde bulunmaktadır. MASAK Hazine ve Maliye Bakanlığına bağlıdır ve dolayısıyla yürütmeden bağımsız bir yapılanması yoktur. MASAK, 4208 sayılı Karaparanın Aklanmasının Önlenmesine Dair Kanun ile kurulmuş 17 Şubat 1997 tarihinde faaliyetine başlamıştır⁷². Aradan geçen zaman zarfında MASAK'ın görev ve yetkileri 5549

bulunması nedeniyle akıllı yaptırım uygulanan Yasin El Kadı tarafından yapılan başvuruda, listeye alınma konusunda etkili başvuru yolları olmaması nedeniyle ilgili Tüzük'te değişiklik yapılmasına karar vermiştir. Bu karardan sonra ilgili Tüzük iptal edilmiş ve yeni Tüzükte malvarlığı dondurulan kişiye gecikmeden bu durumun bildirilmesine ilişkin usuli güvenceler getirilmiştir. Detaylı bilgi için bkz: ULUSOY (2014), ss. 184-188; Yasin El-Kadı hakkındaki hüküm, Türkiye Cumhuriyeti tarafından da, 19 Ekim 2012 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 11 Ekim 2012 tarihli Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlükten kaldırılmıştır, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/10/20121019-8.htm> [Erişim tarihi: 10.06.2021]

70 Judgment of the Court (Grand Chamber) of 3 September 2008. Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union and Commission of the European Communities. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62005CJ0402> [Erişim tarihi: 10.06.2021]

71 Detaylı değerlendirmeler için bkz: ŞAHİN İlhan, Finansal Sistemin Karaparanın Aklanması ve Terörizmin Finansmanı Girişimleri İle İlgili Karşılaştığı Riskler Ve Türkiye'nin Bu Alandaki Uluslararası Uyumunun Analizi, Muhasebe ve Finansman Dergisi, 2014, ss. 163-186

72 Masak Görev ve Yetkileri hakkında bkz: <https://masak.hmb.gov.tr/gorev-ve-yetkiler> [Erişim tarihi: 10.06.2021]

sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun ve sonrasında 1 ve 43 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle yeniden düzenlenmiştir.

İdari bir yapı olan MASAK'ın temel fonksiyonu da suç gelirlerinin aklanması ve terörün finansmanının önlenmesi alanındaki gelişmeler ile anılan suçların önlenmesi ve ortaya çıkarılmasına yönelik yöntemler konusunda araştırmalar ve sektörel çalışmalar yapmak, önlemler geliştirmek, veri toplamak, toplanan verileri analiz etmek ve değerlendirmek, araştırma ve incelemeler yapmak veya yaptırmak ve elde edilen bilgi ve sonuçları ilgili makamlara iletmektir⁷³. Bununla birlikte, CMK'nun taşınmazlara, hak ve alacaklara el konulmasını düzenleyen 128. maddesi uyarınca MASAK'a soruşturma yapma yetkisi verilmiştir. Buna göre, "(...) bu madde kapsamında el koyma kararı alınabilmesi için ilgisine göre Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Sermaye Piyasası Kurulu, Mali Suçları Araştırma Kurulu, Hazine Müsteşarlığı ve Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumundan, suçtan elde edilen değere ilişkin rapor alınır". Teoride MASAK mali istihbarat birimi fonksiyonu üstlenmiştir. Ancak uygulamada MASAK'ın istihbari fonksiyonunun adli soruşturmada delil toplama niteliğini haiz adli bir fonksiyona dönüştüğü söylenebilir.

Bu çerçevede, malvarlığının dondurulması tedbirine başvurma-
da, 6415 sayılı Kanun'daki suçların işlendiğine ilişkin "makul sebep"
değerlendirmesine esas teşkil eden MASAK raporları olduğundan
MASAK ile ilgili uygulamadaki sorunlara değinmekte fayda bulun-
maktadır. Şu bir gerçektir ki, kolluğun gelecekteki tehlikeleri önle-
yebilmek amacıyla tedbir alması, bu kapsamda veri elde etmesi ve
kullanması ön alan soruşturması kapsamında ele alınabilir. Bu nok-
tada, *veri ya da bilgi elde etmenin "önleme" niteliğine sahip olması, bu yönüyle polisin bu faaliyetinin bir şüphe ya da somut bir tehlikeye dayanmasının aranmamasıdır*⁷⁴. Dolayısıyla önleyici kolluk yetkileri

73 Detaylı bilgi için bkz: <https://masak.hmb.gov.tr/sunus> [Erişim tarihi: 10.06.2021]; ASLAN Çetin-AYDIN Devrim, Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama ve Terörizmin Finansmanı Suçları, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, ss. 78-79

74 ÖZBEK Veli Özer, Organize Suçlulukla Mücadelede Ön Alan Soruşturmaları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, 2002, ss. 57-88, s. 58;

açısından dikkate alınan “makul sebep” kavramıdır⁷⁵. Terörle mücadele kapsamında alınan tedbirler bakımından önalın soruşturmasının önemli bir yeri olduğunu ifade etmek gerekir. Bununla birlikte, güvenlik endişeleri ile yaygınlaşan ön alan soruşturmasının kişilerin temel hak ve özgürlüklerine yapılacak müdahaleler bakımından usuli güvenceleri zedeleme tehlikesi göz ardı edilmemelidir⁷⁶. Bu çerçevede taşınmazlara, hak ve alacaklara el koyma bakımından mülkiyet hakkı ve özel hayat ve aile hayatına saygı hakkı bağlamında temel hak ve özgürlüklere CMK çerçevesinde getirilecek sınırlamalarda, makul “sebebin” çok ötesinde suçun işlendiğine ve bu suçlardan elde edildiğine dair somut delillere dayanan “kuvvetli suç şüphesinin” arandığı düzenlenmiştir. Halbuki malvarlığının dondurulması kararı, terörizmin finansmanının önlenmesi amacıyla terör örgütleri ve teröristleri finanse ettiği konusunda delil niteliğinde olmayan, yeterli suç şüphesi veya kuvvetli şüphe sebebi olmadan istihbari bilgilere ve bunu destekleyen belirtilere dayanarak idari bir kararla verilebilecektir⁷⁷.

Nitekim, Resmi Gazete’de yayımlanan bir Cumhurbaşkanlığı kararı üzerine kişi, kuruluş veya organizasyonlara ait mal varlıkları 6415 ve 7262 sayılı Kanunlar uyarınca bankalar tarafından dondurularak, MASAK’a bildirilmektedir. Uygulamada bu konudaki en önemli problemlerden biri, yayımlanan listedeki kişiler hakkında bireysel değerlendirme yapılmadan doğrudan uygulanan malvarlığı dondurma kararının özellikle hatalı olarak uygulama yapılmış olması halinde mülkiyet hakkı bakımından mağduriyetlere neden olmasıdır. İsim benzerliği ve benzer durumlara ilişkin olarak MASAK’a yapılan itirazlar kabul edilebilmektedir. Buna ilişkin hatalı dondurma uygulamasına karşın işlemler ve başvuru yollarına ilişkin rehberler yayımlanmıştır⁷⁸. Ek olarak, Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanunun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında

75 YENİSEY - NUHOĞLU (2019), s. 310

76 YILDIRIM (2013), s. 102

77 YILDIRIM (2013), s. 77

78 Hatalı dondurma uygulamasına karşın işlemler ve başvuru yollarına ilişkin rehber, <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/sites/12/2021/02/Hatali-Dondurma-Uygulamasina-Karsin-Islemler-Rehberi-2018.docx> [Erişim tarihi: 10.06.2021]; Malvarlığı Dondurulanların Söz Konusu Kararlara Karşı Başvuru Yollarına İlişkin Rehber, https://ms.hmb.gov.tr/uploads/sites/12/2021/02/Anne_2_Tur.docx [Erişim tarihi: 10.06.2021]

Yönetmeliğin 14. maddesinin 6. fıkrası aşağıdaki hükmü içermektedir:

“Cumhurbaşkanlığınca alınan malvarlıklarının dondurulması kararlarının uygulanması sırasında isim benzerliği, yanlış veya eksik kimlik bilgileri ve benzeri sebeplerle ortaya çıkabilecek hatalı dondurma işlemlerinin düzeltilmesine ilişkin itirazlar, gerekçeleriyle birlikte yazılı olarak varsa ilgili belgelerin de eklenmesi suretiyle Başkanlığa yapılır. Başkanlık tarafından itirazların uygun bulunması halinde, bu maddede anılan kurum ve kuruluşlar ile gerçek ve tüzel kişilere ivedilikle bildirilmesi suretiyle hatalı dondurma işlemlerinin düzeltilmesi sağlanır.”

Yine bu kapsamda Mali Suçları Araştırma Kurulu Genel Tebliği (Sıra No: 12) dondurma işleminin gerçekleştirilmesinde tereddütlü halleri düzenlemiştir. Bu düzenlemeye göre:

“Diğer taraftan, malvarlığı dondurulan kişi tarafından kendisinin Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararı ile listelenen kişi olmadığı, isim benzerliği, yanlış veya eksik kimlik bilgileri ve benzeri sebebiyle hatalı dondurma işlemi yayıldığı iddia edilmesi durumunda itirazın gerekçeleriyle birlikte yazılı olarak varsa ilgili belgelerin de eklenmesi suretiyle Başkanlığa yapılması gerekmektedir. Başkanlık tarafından itirazın uygun görülmesi halinde durum, ilgili uygulayıcılara ivedilikle bildirilerek hatalı dondurma işleminin düzeltilmesi sağlanır.”

Ayrıca, 7262 sayılı Kanunun 3. maddesinin 4. bendi de “BMGK Kararları uyarınca malvarlığının dondurulmasına ilişkin verilen kararların icrası ve sonuçları bakımından bu Kanunda düzenlenen hükümler saklı kalmak üzere 6415 sayılı Kanunun ilgili hükümleri uygulanır.” hükmünü içermektedir. Sonuç olarak, isim benzerliği nedeniyle hatalı uygulanan malvarlığının dondurulması kararlarının kaldırılmasına ilişkin prosedürler BM Güvenlik Konseyi’nin 1718(2006) ve 2231(2015) sayılı kararlarının uygulanması açısından da geçerlidir.

Öte yandan, Türkiye’de işlenen terörün finansmanı suçu şüphesiyle bir durumun MASAK tarafından Cumhuriyet başsavcılığına ihbar edilmesi halinde soruşturma başlamakta ve soruşturmada

dosyaya erişim bakımından kısıtlama kararı alınması nedeniyle bu soruşturma sonuçlanana dek banka hesaplarındaki blokenin kaldırılması mümkün olamamaktadır. Bu çerçevede verilen kısıtlılık kararına yönelik sulh ceza hakimliğine yapılan itiraz usulü, kapalı devre işlemektedir ve etkin bir denetim yolu olduğu konusunda endişeler bulunmaktadır⁷⁹. Öte yandan MASAK tarafından inceleme sonucunda düzenlenen rapor bir bilirkişi raporu mahiyetinde değil, inceleme raporu olarak değerlendirilmektedir.⁸⁰ Bilirkişi raporu olarak değerlendirilmediğinden müdafiin dosya inceleme yetkisine ilişkin CMK madde 153 kapsamında, kısıtlama kararı alınan durumlarda, aynı maddenin 3. fıkrası kapsamında erişime izin verilen bir belge olarak kabul edilmemektedir. Dolayısıyla da MASAK mali araştırma raporuna erişime, soruşturma evresinde izin verilmediğinden, tedbire itirazın etkin olmasından da bahsedilemeyecektir.

Diğer taraftan, bankaların d şüpheli işlemler ile ilgili olarak MASAK'a bildirimde bulunma yükümlülüğü bulunmaktadır⁸¹. Şüpheli işlem bildirimlerini takiben MASAK tarafından gerekli araştırma ve raporlama yapılmaktadır. Uygulamada bu tür işlemler ile bağlantılı olarak, 5549 sayılı Bankalar Kanunu ve ayrıca 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun'un 7. maddesi kapsamında bankalara, şüpheli işlemlerde MASAK'a bildirim yapma ve akabinde ilgili hesapları 7 gün süreyle dondurma yükümlülüğü getirilmiştir⁸². MASAK'ın mahkeme kararı olmaksızın UYAP verilerine, vergi bilgileri, banka hesap ve işlemleri ve tapu kayıt bilgilerine erişebilmesi 5549 sayılı Kanun'un 7. maddesi kapsamında tüzel kişi ve kurumların talep etmesi halinde mümkündür. Bununla birlikte, MASAK mali araştırma raporları gizlidir ve güvenilirliğinin doğrulanması için herhangi bir belgelendirme yapma yükümlülüğü

79 VENICE COMMISSION, opinion on Turkey concerned competences and functioning of the criminal peace judgeships, <https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD%282017%29004-e> [Erişim tarihi: 10.06.2021]

80 ÖZGENÇ İzzet, Şüpheli İşlem Bildiriminin Hukuki Mahiyeti, MASAK'ın rolü, Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu Üzerine Hukuki Değerlendirmeler, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, V. XXV, Sayı 3, 2021, ss. 271-326, s. 278

81 AYKIN Hasan, Aklama ve Terörün Finansmanı ile Mücadelede Şüpheli İşlem Bildirim Sistemi, Bankacılar Dergisi, Sayı 65, 2008, ss. 37-65

82 Avrupa Konseyi Budapeşte Sözleşmesi Kapsamında Saklama Talebi ve Türkiye Uygulamaları Çalıştay Raporu, ss. 20 ve 22, <https://rm.coe.int/turkish-tnp-workshop-report-final-version/16809838ef> [Erişim tarihi: 10.06.2021]

bulunmamaktadır. MASAK mali araştırma raporlarındaki tespitlerin iddianameye dönüşmesi ve bireyler hakkında tedbir kararlarının uygulanmasının çelişmeli yargılama ilkesi ve silahların eşitliği ilkesi ile bağdaşmadığı söylenebilecektir. Örneğin, somut duruma uygulanabildiği ölçüde, Anayasa Mahkemesi'nin *Rıdvan Batur* başvurusundaki ilkesel tespitler dikkate alınabilir. Bu başvuruda başvurucuya hükme esas alınan belgelere yönelik yorumda/itirazda bulunma konusunda etkin ve pratik imkânların sağlanmamasının silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleriyle bağdaşmadığı, bu bağlamda adil bir yargılamanın gerçekleşmediği sonucuna varılmıştır⁸³.

AİHM içtihadında da, adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olan silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkesinin, taraflardan her birine, kendini karşı taraf karşısında dezavantajlı konuma düşürmeyecek şekilde, davasını sunmak için makul bir fırsat tanınmasını gerekli kıldığını hatırlatılmaktadır⁸⁴. Hukuki dinlenilme hakkına getirilen bir sınırlama gizli kaynaktan gelen bilginin taraflardan birinin yargılamaya katkısı olmadan olduğu gibi kabul edilmesine sebebiyet verir, ki bu durum adil yargılanma hakkının esasına dokunan bir sınırlamaya yol açacaktır.

Öte yandan ulusal makamların, ulusal güvenlik ve teröre karşı tedbirlerin alınması gerekliliğini beyan ettikleri her durumda, yerel mahkemelerin etkili denetiminden muaf olarak hareket edebilecekleri söylenemez. Dolayısıyla yerel mahkemeler özgürlük ve güvelik dengesini her ihtimalde gözetmek ve gerekçelendirecek adil bir denge kurmak yükümlülüğündedir⁸⁵. Yetkili makamların gerçekleştirebileceği herhangi keyfi bir eyleme karşı yeterli güvenceden yoksun bırakılmak adil yargılanma hakkının ihlaline neden olabilecektir. MASAK tarafından soruşturma dosyasına sunulan mali araştırma raporunun gizli olması ve malvarlığının dondurulmasına yo açan sonuçları ile adil yargılanma teminatları ile bağdaşmadığını söylemek mümkündür.

83 Anayasa Mahkemesi 3/12/2020 tarihli Rıdvan Batur (B. No: 2018/17680) kararı için bkz: <https://www.anayasa.gov.tr/media/7177/2018-17680.pdf>

84 Lobo Machado v. Portekiz [BD], no. 15764/89, 20/02/1996; Dağtekin v. Türkiye, no. 70516/01, 13/12/2007

85 Chahal v. Birleşik Krallık [BD], no. 22414/93, 15/11/1996

Dolayısıyla, bankalar tarafından ihbar edilmesi ve şüpheli işlem bildiriminin yapılması ile MASAK tarafından doğrudan banka hesaplarının dondurulmasına karar verilmesi malvarlığına öngörülebilir olmayan ve ölçüsüz bir müdahalenin söz konusu olmasına neden olabilir. Türkiye’de işlendiği iddia olunan terörün finansmanı suçu açısından, MASAK tarafından hesapların dondurulması kararı sonrası, uygulamada Cumhuriyet savcılığına ihbar sonrasında sulh ceza hakimliği tarafından CMK madde 128 kapsamında el koyma kararı verilmektedir. Ancak bu karara etkin bir itirazın söz konusu olmayacağı MASAK mali araştırma raporlarının gizli olması ve dosya kapsamında kısıtlılık kararları verilmesi nedeniyle söylenebilecektir. Bu çerçevede değerlendirildiğinde, CMK’nun 67. Maddesinin 5. maddesi uyarınca bilirkişi raporu ve uzman mütalaası açısından teorik olarak aslında var olan itiraz prosedürü mali araştırma raporları konusunda etkili bir yol olarak nitelendirilemez.

Diğer taraftan, 5549 sayılı Kanunun 14. maddesi uyarınca, MASAK tarafından talep edilen bir materyalin sunulması yasal bir yükümlülüktür. Bu noktada MASAK’ın bir idari kurum olarak tüm kişisel verilere yargı kararı olmaksızın erişebilmesi ve bunun da bir yükümlülük olarak düzenlenmesi, kişisel verilerin korunmasına ilişkin usuli teminatlar kapsamında da kanunilik bağlamında sorunlu bir alan olarak değerlendirilebilir. Her ne kadar 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu 29677 sayılı 7 Nisan 2016 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanıp yürürlüğe girmiş olsa da, Kanun’un 28. maddesi bu Kanun kapsamında değerlendirilmeyen istisnaları düzenlemiştir. Bu maddenin c) bendine göre “*kişisel verilerin millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini veya ekonomik güvenliğini sağlamaya yönelik olarak kanunla görev ve yetki verilmiş kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülen önleyici, koruyucu ve istihbari faaliyetler kapsamında işlenmesi*” halinde bu Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla MASAK’ın terörün finansmanının önlenmesi kapsamında mali araştırma faaliyetleri açısından bu istisna kapsamında değerlendirilebileceği söylenebilecektir. Bu şekilde kabul edildiğinde kişisel verilerin korunması açısından bu faaliyetler bakımından önemli bir koruma eksikliği söz konusu olmaktadır. Özellikle bireylerin özel hayatına müdahale teşkil eden bu tür

istihbari veri toplama faaliyetlerinin usuli güvencelere bağlanması ve “balık avlama gösterisine dönüşmemesi” gerekir⁸⁶.

B. Şüpheli İşlem Bildirimi ve Avukatların Sır Saklama Yükümlülüğü

1. Genel olarak şüpheli işlem bildirimi

7262 sayılı Kanun ile düzenlenen ve bu çalışma kapsamında değerlendirilecek bir diğer tedbir de avukatlar için getirilen şüpheli işlem bildirimidir. Şüpheli işlem bildirimi MASAK ilgili genel tebliği ile birlikte değerlendirildiğinde, yeni bir tartışmanın odak noktası olmuştur.

Şüpheli işlem bildirimine ilişkin, ilk olarak, Terörün Finansmanı-na Yönelik Şüpheli İşlemlerin Bildirimi Genel Tebliği 7 Kasım 2007 tarihli ve 26693 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir⁸⁷. 6415 sayılı Kanunun ilgili maddelerine atıfla fon sağlanması veya toplanması yasak fiiller ve terörizmin finansmanı suçu ile terörün finansmanı niteliği ve terörün finans kaynakları gibi genel çerçeveyi çizen düzenlemeler yapılmıştır⁸⁸. Yasal görünümlü faaliyetlerden sağlanan kaynaklar arasında “kâr amacı gütmeyen kuruluşların kullanılması” hususu ayrı bir başlık altında ele alınmıştır.

İkinci olarak ise, Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmeliğin 27. maddesinde MASAK Başkanlığı’nın; şüpheli işlem tiplerini belirlemeye, 28. maddesinde ise Maliye Bakanlığının şüpheli işlem bildirim formlarının düzenlenmesine, bildirimlerin elektronik ortam ve bilgi iletişim araçları kullanılarak yapılması zorunluluğu getirilmesine ve bildirimlerde elektronik imza kullanılmasına ilişkin usul ve esasları yükümlüler bazında ayrı ayrı belirlemeye yetkili olduğu belirtilmiştir. Tedbirler Yönetmeliği’nin 27 ve 28. maddeleri gereğince hazırlanan ve şüpheli işlem bildirimine ilişkin usul ve esasların düzenlendiği 13 sıra numaralı Mali Suçları Araştırma Kurulu Ge-

⁸⁶ KOCASAKAL (2009), s. 165; Güvenceler bakımından bkz: ÖKTEM (2007), s. 357

⁸⁷ <https://mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=11703&MevzuatTur=9&MevzuatTertip=5> [Erişim tarihi: 10.06.2021]

⁸⁸ <https://mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6415.pdf> [Erişim tarihi: 10.06.2021]

nel Tebliği 25 Ağustos 2014 tarihli ve 29099 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir⁸⁹. Tedbirler Yönetmeliği’nin 27. maddesinde yapılan tanımdan hareketle 13 sıra numaralı MASAK Genel Tebliği’nde de şüpheli işlem tanımına yer verilmiş olup; yükümlüler nezdinde veya bunlar aracılığıyla yapılan veya yapılmaya teşebbüs edilen işleme konu malvarlığının, yasa dışı yollardan elde edildiğine veya yasa dışı amaçlarla kullanıldığına, terörist eylemler için ya da terör örgütleri, teröristler veya terörü finanse edenler tarafından kullanıldığına veya bunlarla ilgili ya da bağlantılı olduğuna dair herhangi bir bilgi, şüphe veya şüpheyi gerektirecek bir hususun bulunması hali olarak tanımlanmıştır. Genel Tebliğ’de, suç gelirlerinin aklanmasının ve terörün finansmanının önlenmesi kapsamında şüpheli işlem bildiriminde bulunulması yükümlülüğünün etkin, zamanında ve uygun şekilde yerine getirilmesine yönelik olarak şüpheli işlem bildirimine ilişkin usul ve esaslar hakkında ayrıntılı açıklamalara yer verilmiştir.

Öte yandan, bu bölümün asıl konusu olan avukatların şüpheli işlem bildirme yükümlülüğü ile ilgili olarak karşımıza 7262 sayılı Kanun ile yapılan düzenlemeler çıkmaktadır. Bu Kanun kapsamında alınan tedbirler kapsamında, şüpheli işlemleri bildirmekle yükümlü olanlar arasına avukatların dahil edilmesi, avukatlık görevinin yerine getirilmesi sırasında avukatların başta sır saklama yükümlülüğü olmak üzere avukatlara tanınan usuli güvencelerle bağdaşmadığı söylenebilecektir. Söz konusu endişe kaçınılmaz olarak savunma hakkı bağlamında adil yargılanma hakkını da ihlal eden meseleleri beraberinde getirebilir.

7262 sayılı Kanun ile 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanunun 2. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendine, “*savunma hakkı bakımından diğer kanun hükümlerine aykırı olmamak ve 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 35. maddesinin birinci fıkrası ile alternatif uyuşmazlık çözüm yolları kapsamında ifa edilen mesleki çalışmalar nedeniyle edinilen bilgiler bariç olmak üzere, taşınmaz alım satımı, sınırlı ayni hak kurulması ve kaldırılması, şirket, vakıf ve dernek kurulması, birleştirilmesi ile bunların idaresi,*

89 <https://www.mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=19995&mevzuatTur=Tebliğ&mevzuatTertip=5> [Erişim tarihi: 10.06.2021]

devredilmesi ve tasfiyesi işlerine ilişkin finansal işlemlerin gerçekleştirilmesi, banka, menkul kıymet ve her türlü hesaplar ile bu hesaplarda yer alan varlıkların idaresi işleriyle sınırlı olmak üzere serbest avukatlar” ibaresi eklenmiştir⁹⁰. Şüpheli işlemleri bildirmekle yükümlü olan avukatların bu yükümlülüğü yerine getirmemesi halinde idari para cezasının uygulanması öngörülmektedir. Avukatlar ile ilgili benzer bir düzenlemenin 2008 yılında Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmeliğin 4/1 ş) maddesi ile de getirildiği görülmektedir. Ancak bu düzenleme Danıştay 10. Dairesi’nin 2008/1675 E. 2013/508 K. numaralı ve 24.01.2013 tarihli kararı ile iptal edilmiştir⁹¹.

2. Sır saklama yükümlülüğü kapsamında şüpheli işlem bildirimi

1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 36. maddesi sır saklama yükümlülüğünü düzenlemektedir ve avukatların, kendilerine tevdi edilen veya avukatlık görevi dolayısıyla öğrendikleri hususları açığa vurmaları yasaktır. Bu maddenin ikinci fıkrası ise, avukatların birinci fıkrada yazılı hususlar hakkında tanıklık edebilmelerini, iş sahibinin muvafakatini almış olmalarına bağlamaktadır. Ancak, bu halde dahi avukat tanıklık etmekten çekinebilir ve çekinme hakkının kullanılması hukuki ve cezai sorumluluk doğurmaz. 7262 sayılı Kanun ile getirilen şüpheli işlem bildirme yükümlülüğünün gerek sır saklama gerekse tanıklıktan çekinme yükümlülükleriyle ne şekilde bağdaşacağı tartışma konusudur.

Kaldı ki, yine Avukatlık Kanunu’nun 38. maddesi uyarınca, avukatın işi reddi zorunluluğu da düzenlenmiş ve kendisine yapılan teklifi yolsuz veya haksız görür yahut sonradan yolsuz veya haksız olduğu kanısına varırsa avukatın işi reddetme zorunluluğu olduğu belirtilmiştir. Bu çerçevede, işi reddetme zorunluluğu bulunmayan bir konuda bu yönde bir yükümlülük getirilmesi avukatlara tanınan usuli teminatlarla bağdaşır bir yaklaşım olarak kabul edilemez.

90 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanunun <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/12/20201231M5-19.htm> [Erişim tarihi: 10.06.2021]

91 Türkiye Barolar Birliği, Başkanlar Toplantısı, Bilgilendirme Raporu, 17 Ocak 2015, s. 119, <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/586.pdf> [Erişim tarihi: 10.06.2021]

Öte yandan, TCK'nun 278. maddesinde suçu bildirmeme suçu olarak düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, işlenmekte olan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bununla birlikte bahse konu maddenin 4. fıkrasında “tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler bakımından cezaya hükmolunmaz” düzenlemesi özel kanun niteliğindeki Avukatlık Kanunu'nun 36. maddesi ile birlikte okunmalıdır. Bunun yanında CMK'nun 46. maddesi meslek ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinme hakkını düzenlerken, avukatların bu sıfatları dolayısıyla veya yüklenedikleri yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgileri kapsama almış ve ancak ilgilinin rızasının varlığı halinde, tanıklıktan çekinemeyeceğini düzenlemiştir. Ayrıca, Anayasa'nın 38. maddesi uyarınca ceza sorumluluğu şahsidir. Tanıklıktan çekinme hakkını kullanan bir avukatın TCK madde 278 kapsamında suçu bildirmeme suçunun da faili olması söz konusu olmayacaktır⁹². Dolayısıyla düzenleme yürürlükteki mevzuatla çelişmektedir.

Bu noktada, 7262 sayılı Kanun kapsamında öngörülen şüpheli işlem bildirme yükümlülüğünün ihlali nedeniyle cezai hükümlerin saklı kalacağı düşüncesi avukatlar açısından söz konusu olamaz; zira bu maddede bir suçu önleme yükümlülüğünün düzenlendiği söylenemez. Öncelikle avukatın kolluk hukuku bağlamında bir suçu önleme görevi bulunmamaktadır. İkinci olarak da burada düzenlenen yükümlülük kapsamında bildirilecek şüpheli işlemin hangi kritere göre takdir edileceği de belki değildir. Avukata bizzat kendisinden beklenen subjektif bir değerlendirme ile her işlemi “ihbar etme” gibi yükümlük yüklenmesi Avukatlık Kanunu'nun sır saklama yükümlülüğünü düzenleyen 36. maddesi ile bağdaşmamaktadır.

Nitekim, bir avukatın avukatlık görevini ifade ederken öğrendiği her bilgi sır saklama yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmelidir ve savunma hakkının etkin kullanılmasının temini için gerekli bir unsurdur. Avukatın bir kolluk görevlisi gibi davranmasını beklemek, Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesinde düzenlendiği şekilde, avukatın yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil ettiği kuralı ile de bağdaşmaz. Bilinmektedir ki, Avukatların

92 Aile bireyleri açısından yapılan değerlendirme için bkz: KOCASAKAL (2009), s. 135

Rolüne Dair Temel Prensipleri düzenleyen Havana Kurallarının 18. maddesine göre “Avukatlar görevlerini icra etmeleri nedeniyle müvekkilleriyle veya müvekkillerinin davalarıyla özdeşleştirilemezler”⁹³. Aynı doğrultuda, Avukatlık Mesleğinin İcrasına İlişkin Özgürlükler Hakkında 9 numaralı tavsiye kararının gerekçesinde, tüm avukatların müvekkillerinin işleriyle ilgili sır saklama ödevi olduğu ve bunun AIHS tarafından garanti altına alınan savunma hakkının unsurlarından biri olduğuna değinilmiştir. Ayrıca avukatın müvekkilin rızası dışında sık saklama yükümlülüğünün herhangi bir şekilde ihlal edilmesinin avukatlar hakkında disiplin müeyyidesine sebep olabileceği belirtilmiştir⁹⁴. 21. Yüzyılda Avukatlık Meslek Kurallarına Dair Turin İlkelerine göre de “müvekkillerini temsil etmeleri vesilesiyle öğrendikleri her türlü gerçeği ve bilgiyi gizli tutmak avukatların görevidir. (...) Avukatlar mesleklerini icra ederken elde ettikleri bilgileri açıklamaya zorlanmamalıdır”⁹⁵.

Bununla birlikte, AIHM *Michaud v. Fransa* davasında, avukatlara savunma görevleri dışında ortaya çıkan ve müvekkillerinin yasadışı kara para aklama faaliyetlerine ilişkin olan şüphelerini bildirme yükümlülüğü yüklenmesi ile ilgili olarak özel hayat ve aile hayatı kapsamında haberleşme özgürlüğü bağlamında ihlal bulunmadığına karar vermiştir. Bahse konu olayda, avukatlara bazı durumlarda ulusal mali istihbarat birimine kara para aklama gibi bir suçtan kaynaklandığından şüphe ettikleri müvekkillerine ait paraları bildirme zorunluluğu getirilmiştir. Başvurucu ilgili yönetmeliğe karşı iptal davası açmış ancak dava reddedilmiştir⁹⁶. AIHM, avukatlara yüklenen şüpheyi bildirme yükümlülüğü, üçüncü bir kişiyle olan iletişimlerinden dolayı avukatların sahip oldukları bilgileri idari bir otoriteye bildirme zorunluluğu getirdiğinden haberleşme hakkına bir müdahale oluşturduğunu öncelikle tespit etmiştir. Somut olayda başvuru iht-

93 Avukatların Rolüne Dair Temel Prensipleri düzenleyen Havana Kuralları, <http://www.ankarabarasu.org.tr/merkezler/pdf/1.%20Havana%20Kurallar%C4%B1.pdf> [Erişim tarihi: 10.06.2021]

94 Avukatlık Mesleğinin İcrasına İlişkin Özgürlükler Hakkında 9 numaralı tavsiye kararı, <http://www.ankarabarasu.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/av-haklari-mrk-kitapcigi-ic.pdf> [Erişim tarihi: 10.06.2021]

95 21. yüzyılda avukatlık meslek kurallarına dair Turin ilkeleri, http://d.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata_ozel/meslek_kurallari/turin_ilkeleri.doc [Erişim tarihi: 22.08.2021]

96 *Michaud v. Fransa*, no. 12323/11, 06/12/2012

laflı yönetmeliğin uygulanması temelinde şüpheli işlem bildirmek zorunda kalmamış ve bu sebeple cezalandırılmamıştır. Ancak AİHM şüpheyi bildirme yükümlülüğü 8. madde kapsamında teminat altında olan, müvekkilleriyle mesleki iletişimine saygı gösterilmesi hakkının avukat başvuru tarafından kullanılmasına sürekli bir müdahale/oluşturduğu sonucuna varmıştır. Bununla birlikte, AİHM somut olayda avukatlara yüklenen şüpheyi bildirme yükümlülüğünün kanunla öngörüldüğüne ve kamu düzenin korunması ve suç islenmesinin önlenmesi meşru amaçlarını izlediğine kanaat getirmiştir. Başvurunun esasına ilişkin değerlendirmede, avukatların sır saklama yükümlülüğünün başvuru konusu düzenleme ile güvence altına alındığı, şüpheli işlemin bildirildiği makamın idari bir makam olmaması ve deontoloji kurallarına tabi olan baro başkanının denetiminin söz konusu olması nedeniyle orantısız bir müdahale bulunmadığına sonucuna varmıştır.

5549 sayılı Kanun'daki düzelemeye geri dönüldüğünde *“savunma hakkı bakımından diğer kanun hükümlerine aykırı olmamak ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 35 inci maddesinin birinci fıkrası ile alternatif uyuşmazlık çözüm yolları kapsamında ifa edilen mesleki çalışmalar nedeniyle edinilen bilgiler hariç olmak üzere”* bir yükümlülük getirmiş olduğu görülmektedir. Dolayısıyla yukarıda bahsedilen CMK'nun 46. maddesinden kaynaklanan tanıklıktan çekinme ve Avukatlık Kanunu'nun 36. maddesinden kaynaklanan sır saklama yükümlülüğü devam etmekte olduğu mütalaa edilmelidir. Ancak, 5549 sayılı Kanun'daki düzenlemenin, diğer kanunlardan kaynaklanan yükümlülüklerle çatıştığı dikkate alındığında, bahse konu şüpheli işlem bildiriminin ne şekilde uygulanacağı ve kapsamı konusunda bir belirsizlik söz konusudur. Bu durumun da kanunilik kriteri açısından endişe doğurması kaçınılmazdır.

3. Şüpheli işlem bildirimini yükümlülüğüne MASAK'ın yaklaşımı

Öte yandan, MASAK tarafından avukatlar açısından şüpheli işlem bildirimini ile ilgili doğan tereddütleri gidermeye yardımcı olması bakımından “Serbest Avukatlar İçin Suç Gelirlerinin Aklanması ve Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Yönelik Yükümlülüklerle Dair

Esaslara İlişkin Rehber” yayımlanmıştır⁹⁷. Bu rehberde serbest avukatların, kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek faaliyetleri 5549 sayılı Kanun ve ilgili mevzuatta yer alan yükümlülükler kapsamında olmadığı açıkça vurgulanmıştır. Diğer bir ifadeyle, Avukatlık Kanunu’nun 35. maddesinin 1. fıkrası çerçevesinde hukuki durumu kavramak için yapılan mesleki çalışma sebebiyle öğrenilen veya yargısal ya da alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemlerinin uygulandığı süreç dolayısıyla süreç öncesinde, sırasında veya sonrasında edinilen bilgiler yükümlülük kapsamı içinde yer almamaktadır⁹⁸.

Şüphesiz, 5549 sayılı Kanun ve ilgili ikincil mevzuat, ülkemizde terörün finansmanı suçlarıyla mücadele usul ve esaslarını düzenlemektedir. Dolayısıyla getirilen yükümlülüklerle önlenmek istenen “aklama ve terörün finansmanı” suçlarıdır. Bu sebeple de serbest avukatlara getirilen yükümlülüklerde müvekkillerin finansal iş ve işlemlerinin yönetilmesi, bu işlemlere aracılık edilmesi ve/veya danışmanlık hizmeti verilmesi ile sınırlı olarak yorumlanmalıdır. Bununla birlikte, bu yorumun hangi ilke ve kriterlere göre yapılacağı konusunda belirlilik ilkesi açısından kanuni düzenlemenin sorunlu olduğu söylenebilir.

Yukarıda adı geçen MASAK Rehberi de dikkate alındığında, yükümlü olarak avukat, “müşterinin tanınmasına ilişkin esaslar” kapsamında; kendileri nezdinde yapılan veya aracılık ettikleri işlemlerde işlem yapılmadan önce, işlem yapanlar ile nam veya hesaplarına işlem yapılanların kimliklerini tespit etmek ve gerekli diğer tedbirleri almak zorundadır. Bu kapsamda hizmet tutarı gözetmeksizin kimliğe ilişkin bilgilerin alınması ve bu bilgilerin doğruluğunun teyit edilmesi suretiyle müvekkillerin ve bu kişilerin adına veya hesabına hareket edenlerin kimliğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Kimlik

97 MASAK Serbest Avukatlar İçin Suç Gelirlerinin Aklanması ve Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Yönelik Yükümlülüklerle Dair Esaslara İlişkin Rehber, https://d.barobirlik.org.tr/2021/tbb_20210406155548.pdf [Erişim tarihi: 10.06.2021]

98 <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/sites/12/2021/04/AVUKATLAR-EL-KITABI.pdf> [Erişim tarihi: 10.06.2021],

tespitinin, iş ilişkisi tesisinden veya işlem yapılmadan önce tamamlanması gerekmektedir. Dolayısıyla da bu tanımlama avukatın sübjektif değerlendirmesine bırakılmıştır.

Her ne kadar işin reddi zorunluluğu belirtilen işlemler Avukatlık Kanunu'nun 38. maddesi kapsamında açıkça belirtilmiş olsa da Rehber'de de açıklandığı ölçüde, kanunda olmayan ve kriterleri sübjektif olarak avukatın takdirine bırakılan bir işin reddi zorunluluğunun getirildiği gözlemlenmektedir. Buna göre, kimlik tespitinin yapılmadığı veya iş ilişkisinin amacı hakkında yeterli bilgi edinilemediği durumlarda; avukat iş ilişkisi tesis edemez. Bu kapsamda kendisinden talep edilen işlemi gerçekleştirmemesi yükümlülüğü getirilmiştir. Daha önce elde edilen müşteri kimlik bilgilerinin yeterliliği ve doğruluğu konusunda şüphe duyulması nedeniyle yapılması gereken kimlik tespit ve teyidinin yapılmadığı durumda avukat iş ilişkisini sona erdirmeli ve belirtilen bu hususların şüpheli işlem olup olmadığı da ayrıca değerlendirmelidir⁹⁹.

Şüpheli işlemi bildirme yükümlülüğüne gelince; önce şüpheli işlemi tanımlamak gerekir. Şüpheli işlem, yükümlüler nezdinde veya bunlar aracılığıyla yapılan veya yapılmaya teşebbüs edilen işleme konu malvarlığının; yasa dışı yollardan elde edildiğine veya yasa dışı amaçlarla kullanıldığına, bu kapsamda terörist eylemler için ya da terör örgütleri, teröristler veya terörü finanse edenler tarafından kullanıldığına veya bunlarla ilgili ya da bağlantılı olduğuna dair herhangi bir bilgi, şüphe veya şüpheyi gerektirecek bir hususun bulunması halidir. Şüpheli bir işlemle karşılaşıldığında, işlem hakkında yetki ve imkânlar ölçüsünde araştırma yapıldıktan sonra, edinilen bilgi ve bulgular çerçevesinde, şüpheli işlem bildirim formu doldurulmak suretiyle¹⁰⁰ MASAK Başkanlığı'na şüpheli işlem bildiriminde bulunul-

99 Bkz: dipnot 96; Bankalar yönünden uzaktan kimlik tespiti ile ilgili bkz: MASAK Genel Tebliği Sıra no: 19; Bankalar yönünden 4 Haziran 2021 tarihli 31501 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Sır Niteliğindeki Bilgilerin Paylaşılması Hakkında Yönetmelik, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/06/20210604-6.htm> [Erişim tarihi: 10.06.2021]

100 MASAK Başkanlığı'nın resmi internet sitesi olan <https://masak.hmb.gov.tr/sekto-rel-sib-rehberleri> adresindeki Şüpheli İşlem Bildirim Rehberine ulaşılabilir. Şüpheli işlem bildirimi için <https://masak.hmb.gov.tr/emis-online> adresinden online bildirim şeklinde (Serbest Avukatlar için Başkanlıkça uygun görülmesi halinde) veya <https://masak.hmb.gov.tr/sekto-rel-sib-rehberleri> adresinden şüpheli işlem bildirimi formu indirilip doldurularak ıslak imzalı şekilde posta yoluyla Başkanlığa gönderilebilir. [Erişim tarihi: 10.06.2021]

ması gerekmektedir. Şüpheli işlemler, şüphenin oluştuğu tarihten itibaren en geç on iş günü içinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise derhal, herhangi bir parasal sınır gözetmeksizin MASAK Başkanlığı'na bildirilir.

Rehberde, şüpheli işlem bildiriminin ihbar ile karıştırılmaması gerektiğine de değinilmiştir. Rehber'de belirtildiği üzere, her şeyden evvel, idari bir birim olan MASAK Başkanlığı'na gönderilen şüpheli işlem bildirimlerinin, yükümlü nezdinde oluşan şüphenin somutlaştırılmasına çalışılmaktadır ve aklama ve terörün finansmanı suçlarıyla bağlantısı kurulamayan şüpheli işlem bildirimlerine herhangi bir işlem tesis edilmemektedir. Şüpheli işlemin gönderildiği ilk aşamadan son aşamasına kadar, bildirim gönderen ifşa edilmektedir. Tam gizlilik içinde yürütülen analiz aşamalarında şüphe somut delillere dayandığı anlaşılırsa, ancak o durumda dosya gerekli delil, bilgi ve belgelerle birlikte, yine gönderenin kim olduğu belirtilmeden adli makamlara iletilmektedir.

Bununla birlikte, Rehber'de yapılan bu açıklamaların yukarıda zikredilen ilkeler ve usuli güvenceler bir bütün olarak değerlendirilerek ele alınması gerekir. Avukatlar açısından 5562 sayılı Kanunda getirilen şüpheli işlemi doğrudan MASAK'a bildirme yükümlülüğü AİHM içtihadı ile ortaya konan temel güvencelerle bağdaşmamakta olduğu kanaatindeyiz. Bu düzenlemede öngörülen bildirimin bir ihbar niteliğinde olup olmadığı hususuna Rehber'de de değinilmiştir. Bununla birlikte, MASAK tarafından yapılacak subjektif ve soyut değerlendirmenin niteliği dikkate alındığında, bilginin “makul sebep” nitelemesiyle savcılığa iletilmesi ve beraberinde doğrudan malvarlığını dondurma işleminin uygulanmasına sebebiyet verme ihtimali bu yükümlülüğün bir ihbar niteliğinde olduğuna işaret etmektedir.

Dolayısıyla düzenlemenin basit bir bildirim yükümlülüğünün çok ötesinde olduğu ve temel hak ve özgürlüklere müdahale teşkil edecek sonuçlara neden olabileceği riski göz ardı edilemez. Özellikle de Kanun'un 7. maddesi kapsamında avukatlık mesleğinden ve mesleğin niteliğinden kaynaklanan mesleğin icrası sırasında öğrenilen bilgi ve belgenin avukat tarafından kamu kurumuna verilmesi yönünde bir zorlamanın ve bu yükümlülüğe uyulmaması halinde cezai mü-

eyyide uygulanmasının avukatlık mesleğine ilişkin yukarıda detaylı olarak değinilen usuli güvencelerle bağdaşmadığı ifade edilmelidir.

Sonuç

Bu çalışmada, başta BM Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Sözleşmesi ve BM Güvenlik Konseyi kararları ile Terörizmin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme olmak üzere Mali Eylem Görev Gücü tarafından alınan tavsiyelerden kaynaklanan yükümlülükler kapsamında Türkiye'deki bazı düzenlemelere temel hak ve özgürlüklere etkileri bakımından değinilmiştir. Terör örgütlerinin faaliyetlerinin temel kaynaklarından olduğu değerlendirilen terörizmin finansmanı ile etkin mücadelede devletler tarafından suç işlendikten sonra cezalandırma ve caydırıcı tedbirlerin alınması ve suçtan elde edilen gelirlerin araştırılarak ortaya çıkartılması gereklilik arz etmektedir. Bunun yanında terörizmin finansmanının önlenmesine yönelik önleyici tedbirlerin düzenlenmesi de önemli bir yer tutmaktadır. Bu çerçevede, terörizmin finansmanı suçunun kanunda öngörülebilir şekilde düzenlenmesi kanunilik ilkesine riayet edilmesi bakımından önemlidir. Bu suça ilişkin tanımların ifade özgürlüğü ile örgütlenme özgürlüğünün etkin kullanılmasını temin eden biçimde dikkate alınması da temel bir gerekliliktir. Terörizmin tanımının ve buna bağlı olarak terörizmin finansmanı suçunun unsurlarının AİHM içtihadı kapsamında öngörülebilirlik kriteri dikkate alınarak gözden geçirilmesi gereklidir.

Öte yandan, şüpheli işlem bildirimi başta olmak üzere malvarlığının dondurulması gibi temel hak ve özgürlüklere çeşitli açılardan müdahale teşkil eden tedbirler bakımından da ilgililere usuli güvencelerin sağlanması ve orantılılık ilkesine riayet edilmesine dikkat edilmelidir. Buna ek olarak, önleyici nitelikteki tedbirlerin mülkiyet hakkı bağlantılı olarak etkin başvuru hakkı açısından da sorun teşkil edebilecek nitelikte olduğu gözlemlenmektedir. Bu tedbirlere idari merciler tarafından keyfiliğe açık ve süresiz şekilde karar verilebilmesi uygulamada sorunlara yol açacak niteliktedir. Bu noktada özellikle MASAK araştırma raporlarının malvarlığının dondurulması kararlarına dayanak teşkil etmesi, itiraz prosedürleri açısından usuli

güvencelerin mevcut olmaması temel hak ve özgürlüklerin etkin şekilde korunması bakımından ayrıca göz önüne alınmalıdır. Diğer taraftan şüpheli işlem bildirimi açısından avukatlara getirilen yükümlülükler ise savunma hakkı kapsamında sır saklama yükümlülüğü ve avukatlık mesleğinin bağımsız şekilde yürütülmesine ilişkin usuli güvenceler ile bağdaşmamaktadır.

Sonuç olarak, terörle mücadelede devletin geniş takdir yetkisi çerçevesinde alacağı önlemler elbette ki devletlerin egemenlik yetkisi dahilinde yaşayan tüm bireylerin yaşam hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerinin yerine getirilmesi ile bağlantılıdır. Bununla birlikte, bu tedbirlerin temel hak ve özgürlükleri ihlal edecek nitelikte keyfi ve muğlak nitelikte uygulanmaması gerekir. Bu gereklilik de bu çalışmada vurgulandığı üzere müdahalelere karşı yargısal denetim mekanizmalarının oluşturulması ve temel hak ve özgürlükleri güvence altına alan kanuni öngörülebilirliği sağlanmış prosedürlerin etkin şekilde uygulanması ile mümkündür.

KAYNAKÇA

Yayınlar

- AKYÜREK Güçlü, “AİHM İmret-Türkiye (2) Kararı Işığında Yasallık İlkesi”, Suç ve Ceza Dergisi, Yıl: 2018, Sayı: 3, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018
- ASLAN Çetin-AYDIN Devrim, Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama ve Terörizmin Finansmanı Suçları, Yetkin Yayınları, Ankara 2021
- AYKIN Hasan, Aklama ve Terörün Finansmanı ile Mücadelede Şüpheli İşlem Bildirim Sistemi, Bankacılar Dergisi, Sayı 65, 2008, ss. 37-65
- CENTEL Nur-ZAFER Hamide-ÇAKMUT YENERER Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta, 11. bası, 2020, İstanbul, ss. 739-740
- GÖDEKLİ Mehmet, Terörizmin Finansmanı Suçu, Seçkin Yayınları, 2017, Ankara, s. 392
- KANADOĞLU Korkut, “Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun’un Mülkiyet Hakkı Açısından Değerlendirilmesi”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 4, Aralık 2014, 119-120
- KARAGÖZOĞLU Ceren, Birleşmiş Milletler Güvenlik konseyi Bireye Yönelik Ekonomik Yaptırım Kararları ve İnsan Hakları İlişkisi, Public and Private International Law Bulletin, İstanbul Üniversitesi Yayınevi, 39(1), 2019, 217-273, s. 234
- KARTAL Çetin, Küreselleşmenin Güvenlik Parametrelerine Etkileri ve Bireye Yönelmiş Güvenlik: İnsan Güvenliği, İnsan Hakları ve Güvenlik, Adalet Yayınevi, Aralık 2020, s. 94
- KOCASAKAL Ümit, Terörizmin Finansmanı, 18. Uluslararası Ceza hukuku Kongresi, TCHD Yayınları No: 11, İstanbul, 20-27 Eylül 2009, s. 148
- KURT Gülşah, Terörizmin Finansmanı Hakkında Kanun Nedenleri ve Muhtemel Sonuçları, Güncel Hukuk Dergisi, Mayıs 2013, ss. 42-45, s. 44
- MUMCU Ahmet-KÜZECİ Elif, İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 139
- ÖZGENÇ İzzet, Suç Örgütleri, Seçkin Yayıncılık, 13. bası, Ankara, 2020
- ÖZGENÇ İzzet, Şüpheli İşlem Bildiriminin Hukuki Mahiyeti, MASAK’ın rolü, Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu Üzerine Hukuki Değerlendirmeler, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, V. XXV, Sayı 3, 2021, ss. 271-326

- ÖKTEM Emre, Terörizm İnsancıl Hukuk ve İnsan hakları, Derin yayınları, 2007, İstanbul, ss. 37-50
- ÖZBEK Veli Özer, Organize Suçlulukla Mücadelede Ön Alan Soruşturmaları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, 2002, ss. 57-88, s. 58;
- ÖZBEK Veli Özer-DOĞAN Koray-BACAĞIZ Pınar, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 633
- SÖZÜER Adem, Güvenliğin İzin Verdiği Ölçüde Özgürlük Anlayışının Bir Örneği Olarak, Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun, Güncel Hukuk, Mayıs 2013, ss. 38-41, s. 41
- ŞAHİN İlhan, Finansal Sistemin Karaparanın Aklanması Ve Terörizmin Finansmanı Girişimleri İle İlgili Karşılaştığı Riskler Ve Türkiye'nin Bu Alandaki Uluslararası Uyumunun Analizi, Muhasebe ve Finansman Dergisi, Ekim 2014, ss. 163-186
- ULUSOY HALATÇI Ülkü, Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Kapsamında Birleşmiş Milletler akıllı Yaptırımları, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 145
- ÜSTÜN Oktay, FATF Yeni 40 Tavsiye Kararı neler getiriyor, Bankacılar Dergisi, S.47, 2003, ss. 16-37
- YENİDÜNYA Caner - DEĞİRMENCİ Olgun, Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukunda Terörün Finansmanı Suçu, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmez'e Armağan, C. 2, İstanbul, 2008,ss. 1263-1294,s. 1264
- YENİSEY Feridun - NUHOĞLU Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 7. bası, 2019, S. 310
- YILDIRIM Zeki, Türk Hukukunda Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Amacıyla Malvarlığını Dondurma Tedbiri, SDÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, 2013, ss. 61-108, s. 83-84
- YILMAZ Yeşim, Terörizmin Finansmanı Suçu, YÜHFD, C.XVII, 2020, ss. 177-267, s. 205
- İnternet kaynakları [Erişim tarihi: 10.06.2021]**
- FATF Tavsiyeleri, <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/sites/12/2021/02/FATF-Tavsiyeleri-2012.pdf>
- TÜSEV, Mali Eylem Görev Gücü tavsiyelerinin Uygulanması ve Türkiye'de Sivil Topluma Etkilerinin İncelenmesi, Şubat 2021, https://tusev.org.tr/usrfiles/images/MaliEylemGorevGucuSivilToplum_26022021.pdf
- Malvarlığının dondurulması ile malvarlığının dondurulması kararının kaldırılmasına ilişkin kararların uygulanmasına yönelik rehber, https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2021/01/Annex_4_Tur.docx

- The United Nations Global Counter-Terrorism Strategy, UN Resolution adopted by the General Assembly on 8 September 2006, https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/60/288
- Concluding observations on the initial report of Turkey adopted by the Committee at its 106th session, 15 October to 2 November, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/co/CCPR-C-TUR-CO-1.doc>
- Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session31/Documents/A.HRC.31.65_AUV.docx
- Human Rights Watch, “Foreign Terrorist Fighter” Laws Human Rights Rollbacks Under UN Security Council Resolution 2178, 2016, https://www.hrw.org/sites/default/files/news_attachments/ftf_essay_03feb2017_final.pdf
- Human Rights Watch, UN: Security Council Resolution Undermines Aid Human Rights Work, <https://www.hrw.org/news/2019/04/02/un-security-council-resolution-undermines-aid-human-rights-work>
- Amnesty International, Türkiye: Terörün finansmanı önleme tedbirleri sivil toplumu hedef almak için suiistimal ediliyor ve uluslararası çapta bir emsal oluşturuyor, 2021, <https://www.amnesty.org.tr/icerik/turkiye-terorun-finansmanini-onleme-tedbirleri-sivil-toplumu-hedef-almak-icin-suiistimal-ediliyor-ve-uluslararasi-capta-tehlikeli-bir-emsal-olusturuyor> [Erişim tarihi: 23.06.2021]
- UN the Security Council, Resolution 2462, Threats to international peace and security caused by terrorist acts: Preventing and combating the financing of terrorism, [https://undocs.org/S/RES/2462\(2019\)](https://undocs.org/S/RES/2462(2019))
- UN Security Council: New Counter terrorism Measures Could Put Humanitarian Actors at Risk, <https://www.fidh.org/en/international-advocacy/un-security-council-new-measures-to-counter-terrorism-financing-open>
- Letter of Dunja Mijatovic, Commissioner for Human Rights, addressed to the Turkish Government on 25 February 2021, <https://rm.coe.int/letter-to-mr-suleyman-soylu-minister-of-interior-of-the-republic-of-tu/1680a18d4c>
- Submission to the United Nations, Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, Special Rapporteur on the rights to freedom of peaceful assembly and of association and Special Rapporteur on the situation of human rights defenders, <https://secureservercdn>.

net/160.153.138.163/pjp.0ed.myftpupload.com/wp-content/uploads/2021/02/DownloadPublicCommunicationFile.pdf

Opinion on the compatibility with international human rights standards of Law no. 7262 on the Prevention of Financing of the Proliferation of Weapons of Mass Destruction recently passed by Turkey's National Assembly, amending, inter alia, the Law on Associations (No. 2860), adopted by the Venice Commission at its 127th Plenary Session (hybrid, 2-3 July 2021), [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2021\)023-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2021)023-e) [Erişim tarihi: 18.08.2021]

“Türkiye IV. Tur Karşılıklı Değerlendirme Raporu”, <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer4/Mutual-Evaluation-Report-Turkey-2019.pdf>

İnsan Hakları Derneği, FATF Türkiye Değerlendirmesi-2019 Raporu Teknik Uygunluk Özeti, https://www.ihd.org.tr/wp-content/uploads/2020/12/2019_FATFTurkiyeDeğerlendirmesiTablo.pdf

COMMITTEE OF MINISTERS, İşikirik group v. Turkey (Application No. 41226/09), https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016809c899a

KARAN Ulaş-ABAY Özlem Şen, Kitle İmha Silahlarının Yayılmasının Finansmanının Önlenmesine İlişkin kanun Teklifi hakkında Genel Görüşler, 20 Aralık 2020, Sivil Toplum geliştirme Merkezi Derneği, s. 4

Kar Amacı Gütmeyen Kuruluşların Terörün Finansmanı Amacıyla Suistimalinin Önlenmesine Yönelik Rehber https://cdn.vgm.gov.tr/genelicerik/genelicerik_1103_250619/terorun-finansmani-amaciyla-suistimalinin-onlenmesine-yonelik-rehber-turkce.pdf

<https://www.hmb.gov.tr/haberler/basin-aciklamasi-6>

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/04/20210416-4.htm>

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=200713012&MevzuatTur=21&MevzuatTertip=5>

<https://ms.hmb.gov.tr/uploads/sites/12/2021/05/Kripto-Varlik-Hizmet-Saglayicilar-Rehberi.pdf>

<https://www.hmb.gov.tr/6415-sayili-terorizmin-finansmaninin-onlenmesi-hakkinda-kanun>

<https://masak.hmb.gov.tr/5-maddeye-iliskin-bakanlar-kurulu-kararlari>

4082 sayılı Cumhurbaşkanı kararı <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/06/20210605-8.pdf>

<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/19.5.1.pdf>

<https://masak.hmb.gov.tr/6-maddeye-iliskin-bakanlar-kurulu-kararlari>

<https://masak.hmb.gov.tr/7madde>

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 Numaralı Protokolünün 1. Maddesi Rehberi, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_1_Protocol_1_TUR.pdf

Hatalı dondurma uygulamasına karşın işlemler ve başvuru yollarına ilişkin rehber, <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/sites/12/2021/02/Hatali-Dondurma-Uygulamasina-Karsin-Islemler-Rehberi-2018.docx>

Malvarlığı Dondurulanların Söz Konusu Kararlara Karşı Başvuru Yollarına İlişkin Rehber, https://ms.hmb.gov.tr/uploads/sites/12/2021/02/Anne_2_Tur.docx

VENICE COMMISSION, opinion on Turkey concerned competences and functioning of the criminal peace judgeships, <https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-A-D%282017%29004-e>

AVRUPA KONSEYİ BAKANLAR KOMİTESİ, Işıkkırık v. Türkiye grubu güncel kararları, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680a2c115

MASAK Görev ve Yetkileri, <https://masak.hmb.gov.tr/gorev-ve-yetkiler>

MASAK Sunuş, <https://masak.hmb.gov.tr/sunus>

Avrupa Konseyi Budapeşte Sözleşmesi Kapsamında Saklama Talebi ve Türkiye Uygulamaları Çalıştay Raporu, ss. 20 ve 22, <https://rm.coe.int/turkish-tnp-workshop-report-final-version/16809838ef>

<https://mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=11703&MevzuatTur=9&MevzuatTertip=5>

<https://mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6415.pdf>

<https://www.mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=19995&mevzuatTur=Tebliğ&mevzuatTertip=5>

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/12/20201231M5-19.htm>

Türkiye Barolar Birliği, Başkanlar Toplantısı, Bilgilendirme Raporu, 17 Ocak 2015, s. 119, <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/586.pdf>

<http://www.ankarabarosus.org.tr/merkezler/pdf/1.%20Havana%20Kural-lar%C4%B1.pdf>

<http://www.ankarabarosus.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/av-haklari-mrk-kitapciği-ic.pdf>

<https://ms.hmb.gov.tr/uploads/sites/12/2021/04/AVUKATLAR-EL-KITABI.pdf> S. 6

Sır Niteliğindeki Bilgilerin Paylaşılması Hakkında Yönetmelik, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/06/20210604-6.htm>

MASAK Şüpheli İşlem Bildirim Rehberi <https://masak.hmb.gov.tr/sektorel-sib-rehberleri>

MASAK Şüpheli işlem bildirim <https://masak.hmb.gov.tr/emis-online>

MASAK Serbest Avukatlar İçin Suç Gelirlerinin Aklanması ve Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Yönelik Yükümlülükler Dair Esaslara İlişkin Rehber, https://d.barobirlik.org.tr/2021/tbb_20210406155548.pdf

21. yüzyılda avukatlık meslek kurallarına dair Turin ilkeleri, http://d.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata_ozel/meslek_kurallari/turin_ilkeleri.doc [Erişim tarihi: 22.08.2021]

Ulusal Mevzuat [Erişim tarihi: 10.06.2021]

Kitle İmha Silahlarının Yayılmasının Finansmanının Önlenmesine İlişkin 7262 sayılı Kanun, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/12/20201231M5-19.htm>

7262 sayılı Kanun Gerekçesi, <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-3261.pdf>

6415 sayılı Terörün Finansmanı Hakkında Kanun, <https://resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/02/20130216-3.htm>

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.3713.pdf>

5253 sayılı Dernekler Kanunu <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5253.pdf>

5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanunun <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/12/20201231M5-19.htm>

Genel Tebliğler ve Yönetmelikler, <https://masak.hmb.gov.tr/aklama-sucu-ulusal-mevzuat>

Mali Suçları Araştırma Kurulu 19 sıra numaralı Genel Tebliğ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/04/20210430-7.htm>

Terörizmin Finansmanına Dair Uluslararası Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/adli_yardimlasma/adli_isbirligi_ceza/suclularin_iadesi_ek/terorizmin_finansman%C4%B1n%C4%B1n_%C3%B6nlenmesine_ili%C5%9Fkin%20BM%20s%C3%B6zlesmesi.pdf

Kararlar [Erişim tarihi: 10.06.2021]

Fener Rum Patrikliği v. Türkiye, No. 14340/05, 08/07/2008

Ragıp Zarakolu v. Türkiye, no. 15064/12, 15/09/2020

- Sabuncu ve diğerleri v. Türkiye, no. 23199/17, 10/11/2020
- Şık v. Türkiye (no 2), no. 36493/17, 24/11/2020
- Işıkırık v. Türkiye, no. 41226/09, 14/11/2017
- İmret v. Türkiye, (No. 2), no. 57316/10, 10/07/2018
- Uzan ve Diğerleri v. Türkiye, no. 19620/05 41487/05 17613/08, 05/03/2019
- Nada v. İsviçre [BD], no. 10593/08, 12/09/2012
- Al-Dulimi ve Montana Management Inc. v İsviçre [BD], no. 5809/08, 21/06/2016
- Kozacıoğlu v. Türkiye [BD], no. 2334/03, 19/02/2009
- Pressos Compania Naviera S.A. ve Diğerleri v. Belçika, no. 17849/91, 20/11/1995
- Lobo Machado v. Portekiz [BD], no. 15764/89, 20/02/1996
- Dağtekin v. Türkiye, Başvuru no: 70516/01, 13/12/2007
- Chahal v. Birleşik Krallık [BD], no. 22414/93, 15/11/1996
- Michaud v. Fransa, no. 12323/11, 06/12/2012
- Anayasa Mahkemesi Rıdvan Batur (B. No: 2018/17680) 03/12/2020 tarihli kararı, <https://www.anayasa.gov.tr/media/7177/2018-17680.pdf>
- Anayasa Mahkemesi 2013/45 E. 2013/113 K. sayılı 10/10/2013 tarihli kararı, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/10/20121019-8.htm>
- Judgment of the Court (Grand Chamber) of 3 September 2008. Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union and Commission of the European Communities. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62005CJ0402>

ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİNİN TARTIŞMALI AFGANİSTAN KARARI BAĞLAMINDA 'ADALETİN TECELLİSİNE HİZMET ETME' KRİTERİ*

Muhammet Mete DERVİŞ**

Özet

Şimdiye kadar, Uluslararası Ceza Mahkemesinin güçlü devletlerin peşinden gitmediği iddiasına ve savcılığın takdir yetkisine ilişkin çok fazla şey yazılıp çizildi. Ancak, son Afganistan kararıyla, Mahkemenin Ön Yargılama Dairesinin, soruşturmanın 'adaletin tecellisine hizmet etmeyeceği' gerekçesine dayanarak Afganistan'daki olayları araştırmak için savcılığa soruşturma başlatma izni vermemesi, dikkatleri Mahkemenin üzerine çekti. Şu iki nedenden ötürü bu karar oldukça tartışmalı bir hale geldi. Afganistan'da işlendiği iddia edilen suçlar gerek yargılama yetkisi gerekse kabul edilebilirlik kriterleri açısından soruşturma başlatmak için gerekli olan şartları sağlamakta. Ayrıca Roma Statüsünün 53. maddesinin, son Afganistan kararında; Ön Yargılama Dairesinin önceki kararları ile mukayese edildiğinde tutarsız bir şekilde yorumlandığı ortaya çıkmaktadır. Statünün 53 1 (c) ile 53 (3) (b) maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, Ön Yargılama Dairesi, Savcılığın 'adaletle hizmet etmeyeceği' gerekçesine dayanan *soruşturma başlatmama kararını* denetleme yetkisine sahip olduğu sonucuna varılacaktır. Dolayısıyla, Dairenin Savcılığın soruşturma başlatma iradesini denetleme yetkisi yoktur. Bu tartışmalı karar, Mahkemenin kurulduğu andan beri karşılaştığı tepkileri daha da artıracak niteliktedir. Mahkemenin, büyük balıkların peşin-

* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 19/05/2021. İlk halem raporu tarihi: 30/06/2021. İkinci hakem raporu tarihi: 12/07/2021.

** Edinburgh Üniversitesi Doktora Öğrencisi, s1958343@ed.ac.uk, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-2065-7117.

den gidemediği ve Afrika odaklı soruşturmalar yürüttüğü şeklindeki algıları da güçlendirecektir.

Anahtar Kelimeler: Adaletin Tecellisi, Afganistan Kararı, Afrika Odaklı Yaklaşım, Ters Tepki, Küçük ve Büyük Balıklar

'THE INTEREST OF JUSTICE' CRITERION IN THE CONTEXT OF CONTROVERSIAL AFGHANISTAN DECISION OF THE ICC

Abstract

So far, much ink has been spilled about prosecutorial discretion, particularly in the context that the Court has failed to go after major powers. However, with its recent Afghanistan decision, the Pre-Trial Chamber of the International Criminal Court¹(PTC) managed to get attention by refusing to grant the Office of the Prosecutor (OTP) authorization to investigate the situation in Afghanistan because investigation would not have been 'in the interests of justice.' This is a controversial case because (i) both the requirements of jurisdiction and admissibility had been satisfied about the alleged crimes, (ii) and Article 53 of the Rome Statute was interpreted inconsistently compared to previous decisions of the Chamber. When the article 53(1)(c) read along with 53(3)(b), it can be concluded that the PTC has the competence to review the prosecutors' *decision not to initiate* an investigation on the ground that it would not serve the interest of justice, not the otherwise. This article will argue that this contentious decision has added another layer to the existing pushbacks that the Court has encountered since its establishment. The perceptions that the Court is not able to go after 'big fishes' and that it has African bias have been strengthened.

Key Words; The Interest of justice, Afghanistan decision, Africanisation of the Court, Pushbacks and Backlashes, Small Fish and Big Fish.

¹ Authorization of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, Situation in the Islamic Republic of Afghanistan (ICC-02/17-33), Pre-Trial Chamber II, 12 April 2019

The Judicial Review Mechanism of the Rome System

Prosecutorial discretion is an indispensable element of the ICC system as the Office of the Prosecutor operates under constant pressures from powerful political actors, including states, NGOs, and the Security Council. Therefore, the primary rationale behind prosecutorial discretion is the need for independence.² Along with the requirement for prosecutorial independence from external influence, there are several legitimate reasons to defend prosecutorial discretion such as 'deference to special prosecutorial experience and expertise, the need for pragmatism in light of the broad crime-base and the limited resources of the ICC, or considerations of judicial economy.'³

Even though prosecutorial discretion has not been defined under the Rome Statute, the *travaux préparatoires* indicate the main intention to grant the prosecutor broad discretion. However, OTP itself believes that only 'exceptional circumstances' will lead to the rejection of an investigation or prosecution. It is clear that the purposes and objects of the Statute, which is basically the prevention of serious crimes related to the international community through ending impunity, have contributed to that belief.⁴ During the drafting process of the Statute, the drafters showed their fear of such a broad understanding of discretion. Delegations pointed out that the Prosecutor might open 'politically motivated investigations by virtue of his proprio motu powers.'⁵ In other words, the fear for an overactive Prosecutor was the driving force behind the judicial review of the Prosecutor's proprio motu power. Yet, the judicial oversight mechanism for prosecutorial discretion has not gained sufficient attention from the international community. This is probably because of an assumption that international prosecutors

2 Stahn Carsten and Sluiter Göran, *The emerging practice of the International Criminal Court*, Legal aspects of international organization v. 48, Martinus Nijhoff Publishers 2009 p.253

3 Stahn Carsten and Bergsmo Morten, *On the Magic, Mystery, and Mayhem of Preliminary Examinations* Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2018 p.15

4 Davis Cale, *Political Considerations in Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court* 15 Int'l Crim L Rev 170, 2015, p.179

5 Stahn and Sluiter (n 2), p.253-254

act in a sensible and responsible way.⁶ The practice, however, has shown that otherwise is both possible and probable.

The Rome Statute stipulates a number of factors for the Prosecutor to ascertain whether he or she decides to initiate an investigation. This means that despite broad discretion, the OTP has a guideline to follow. These factors are set out and enumerated in a full list under article 53 to ascertain whether there is a reasonable basis to proceed with an investigation.⁷ They are; jurisdiction, admissibility (complementarity and gravity), and finally, the interest of justice. It should be borne in mind that these criteria are not discretionary but mandatory.⁸ That is to say, the OTP is required to take into account them in the case of every single investigation and prosecution. Additionally, these criteria are open to judicial scrutiny within the ICC system.⁹ According to Schabas, these criteria, particularly those of gravity and interest of justice, provide enormous space for highly discretionary determinations.¹⁰ Therefore, this study will zero in on the latter -the interest of justice criterion- in the context of judicial review of the prosecutorial discretion.

The Interest of Justice

Article 53 is perhaps one of the most important provisions of the Statute as the Court has to pick and choose situations out of multiple ones that involve hundreds of thousands of crimes according to Article 53 criteria.¹¹ Despite its saliance, or perhaps because of its importance, this article has been treated as Pandora's box by both the Prosecutor and Chambers.¹² Some argue that Article 53 itself is a 'masterpiece of legal ambiguity.'¹³ The first paragraph

6 Stahn and Sluiter (n 2), p.248

7 Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998, entered into force 1 July 2002, Art. 53

8 Stahn and Sluiter (n 2) p.267

9 Ibid, p.267

10 Schabas William, *Prosecutorial Discretion v. Judicial Activism at the International Criminal Court* 6(4) *Journal of International Criminal Justice*, 2008 p.731

11 Schabas William, *Victor's Justice Selecting "Situations" at the International Criminal Court* J Marshall L Rev 535, 2009, p.545

12 Stahn and Sluiter (n 2) p.251

13 Stahn Carsten, *Damned If You Do, Damned If You Don't* 15(3) *Journal of International Criminal Justice* 413, 2017, p.430

of the provision stipulates that '*in deciding whether to initiate an investigation, the Prosecutor shall consider whether: ... (c) Taking into account the gravity of the crime and the interests of victims, there are nonetheless substantial reasons to believe that an investigation would not serve the interests of justice.*¹⁴ There are a number of problematic and controversial issues regarding the application of this provision.

The first one is related to a strong presumption that, with the wording of OTP's in its Policy Paper, 'the investigations and prosecutions will be in the interests of justice, and therefore a decision not to proceed on the grounds of the interests of justice would be highly exceptional.'¹⁵ According to the understanding of the OTP, the Prosecutor is not required to conclude that an investigation would serve the interest of justice. Instead, there is a default circumstance that the investigation would serve the interest of justice as long as there exist specific cases which prove that investigation would not serve the interest of justice.¹⁶ It can be concluded from this approach that the exercise of prosecutorial discretion is limited -or even exceptional- where the interest of justice is invoked.¹⁷ Therefore, one can argue that there is a severe contradiction and imbalance between statutory regulation and practice. The wording of Article 53 (1) stipulates that "*the Prosecutor shall, [...] initiate an investigation, unless*" can be interpreted that the Prosecutor, is in principle, bound to initiate an investigation.¹⁸ The textual interpretation of that provision would constitute an obstacle before prosecutorial discretion over opening an investigation.

The presumption that the investigations and prosecutions will be in the interests of justice poses significant threats to the OTP's discretion. There are at least two reasons as to why this is a problematic matter. Firstly, although the OTP has limited resources

14 Emphasis is added by the author.

15 OTP-Policy_Paper_Preliminary_Examinations_2013-ENG, https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/otp-policy_paper_preliminary_examinations_2013-eng.pdf.

16 Ibid.

17 Schabas William, *Prosecutorial Discretion v. Judicial Activism at the International Criminal Court*, Journal of International Criminal Justice, Volume 6, Issue 4, September 2008, Pages 731-761, p.749

18 Stahn and Sluiter (n 2) p.270

at its disposal, the Prosecutor tends to feel that he/she is supposed to investigate every potential situation.¹⁹ This ends up with a waste of human and financial resources. Secondly and perhaps more importantly, as Schabas pointed out, in practice, 'it is hard to imagine how even the judges will be able to force the Prosecutor to proceed where he chooses not to, given that this requires an allocation of scarce resources that only the Prosecutor can make.'²⁰ In the Comoros decision, the PTC asked the OTP to reconsider his/her decision not to launch an investigation about Gaza Flotilla Strike conducted by Israeli forces at high seas. The interpretation of article 53 by the PTC 1 takes all the discretion from OTP's hand to decide whether or not to proceed from preliminary examination to the investigation. The Chamber forces the Prosecutor to initiate an investigation in virtually all situations. Stahn considers this approach counterproductive. This reading of Article 53 might discourage the OTP from opening preliminary examinations just because it would be expected to follow up a preliminary examination by an investigation.²¹

Given the default understanding of the existence of interest of justice, it can be summed that Article 53 is deliberately framed in a negative way instead of something that the Prosecutor must establish.²² Another and perhaps more important aspect of the negative interpretation should be brought to the fore. Article 53 is regulating the domain of the competence of the PTC to review the decision of the OTP to proceed or not to proceed with an investigation in a negative way. When the Article 53 (1)(c)²³ and 53 (3)(b)²⁴ is read together, it can be concluded that it negatively

19 Davis Cale, *Political Considerations in Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court* 15 Int'l Crim L Rev 170, 2015, p.174

20 Schabas, 'Victor's Justice Selecting "Situations" at the International Criminal Court' (n 11) p.541

21 Stahn (n 13), p.432

22 Gray Rosemary and Wharton Sara, *The Full Picture: Preliminary Examinations at the International Criminal Court* 56 Can yearb int law 1, 2019 p.30

23 'Taking into account the gravity of the crime and the interests of victims, there are nonetheless substantial reasons to believe that an investigation **would not serve the interests of justice.**' (Emphasis added by the author)

24 'In addition, the Pre-Trial Chamber may, on its own initiative, review a decision of the Prosecutor **not to proceed** if it is based solely on paragraph 1 (c) or 2 (c). In such a case, the Prosecutor's

frames the interest of justice criterion. This argument is supported by the fact that complementarity and admissibility criteria are framed in positive terms, unlike the interest of justice criterion. This proves that the drafters of the Statute intentionally adopted a completely different approach when it comes to the interest of justice condition.²⁵ Jacobs argues that as this was a deliberate choice, judicial ascertainment on whether an investigation would serve the interest of justice would 'only be possible in the context of judicial review of prosecutorial negative decisions, while the jurisdiction and admissibility must always be positively ascertained by the authorizing Chamber.'²⁶

This interpretation is in line with both the OTP's argument that only 'exceptional circumstances' will give rise to the rejection of an investigation or prosecution and in line with the purposes and objectives of the Statute, which is basically the prevention of serious crimes related to the international community through ending impunity. Additionally, in its Democratic Republic of the Congo (DRC) decision, the ICC indirectly acknowledged that it has the power to review the decision of the Prosecutor not to proceed by simply holding that 'investigations in the situation in the DRC are ongoing and the Prosecutor has not taken any decision not to investigate or prosecute. The Chamber, therefore, deems this issue as not appropriate at the present stage of the proceedings'.²⁷

As a counterargument, some might argue that the OTP itself, in a Policy Paper, has already accepted that the PTC has a general competence to review its assessment of the interest of justice irrespective of whether it has negative or positive elements. However, Rossetti refutes this argument, pointing out that in terms of the interest of justice criterion, a more careful reading of the

decision shall be effective only if confirmed by the Pre-Trial Chamber.' (Emphasis added by the author)

25 Rossetti Luca Poltronieri, *The Pre-Trial Chamber's Afghanistan Decision* 17(3) Journal of International Criminal Justice 585, 2019, p.594

26 Jacobs Dov, *ICC Pre-Trial Chamber rejects OTP request to open an investigation in Afghanistan: some preliminary thoughts on an ultra vires decision* (2019) <<https://dovjacobs.com/2019/04/12/icc-pre-trial-chamber-rejects-otp-request-to-open-an-investigation-in-afghanistan-some-preliminary-thoughts-on-an-ultra-vires-decision/>>

27 Original reference is given by Stahn and Sluiter (n 2) p.277

policy paper suggests that the 'Office does so only with reference to the Chamber's power of judicial review of negative decisions based solely on the interests of justice.' Therefore, it can be argued that the OTP's opinion, in its policy paper, is in line with the wording of Article 53.²⁸

In a similar vein, Stahn attempts to justify the negative limitation of discretion when it comes to the criterion of interest of justice. He claims that the review of prosecutorial inaction logic is stemming from the fact that the power not to act can, in many instances 'bear greater significance than the authority to act, in particular in the context of institutions such as the ICC, which enjoy wide territorial, personal and temporal jurisdiction'.²⁹ According to the author, that is why the Statute limits this discretion.³⁰ He added that Article 53 enhances the need for transparency. This provision obliges the Prosecutor to provide their reasonings when they decide not to initiate an investigation or not to prosecute under Article 53.³¹

A Contentious Landmark Case; Afghanistan Decision of the PTC

Afghanistan decision can be deemed a landmark case since the decision of PTC II in the Afghanistan situation comes as an apparent judicial U-Turn.³² In April 2019, the PTC of the Court unanimously rejected the Prosecutor's request for permission to launch a formal investigation into the war crimes and crimes against humanity allegedly taking place in Afghanistan for over 15 years.³³ The OTP aimed to investigate these crimes committed by Afghan National Security Forces, Taliban, US military forces, and CIA. The PTC concluded that there was sufficient evidence to believe that the grave crimes in question have been committed in that country. However, the PTC held that an investigation 'at this stage would

28 Rossetti (n 25), p.593

29 Stahn and Sluiter (n 2) p.250

30 Ibid.

31 Ibid, p.263

32 Rossetti (n 25), p.589

33 Andrew Tucker, International Criminal Court Afghanistan decision – what are the implications for Israel/Palestine? <https://www.thinc.info/international-criminal-court-afghanistan-decision-what-are-the-implications-for-israel-palestine/>

not serve the interest of justice', although it makes it clear that the remaining statutory criteria i.e., admissibility of 'complementarity' and 'gravity' were satisfied.³⁴ Additionally, it is important to point out that the crimes at issue were clearly within the Court's jurisdiction because Afghanistan is a state party to the Rome Statute for nearly two decades. According to Rossetti, the most problematic aspect of the Afghanistan Decision of the PTC is that the Chamber rejected to authorize the PTC to initiate her investigation, notwithstanding the fact that both the requirements of jurisdiction and admissibility had been satisfied concerning most of the alleged crimes.³⁵ The nebulous and contentious character of this decision is that the PTC, for the first time, refused to authorize the Prosecutor to initiate an investigation in a situation initiated *proprio motu*.

The central thesis of this study is that this unprecedented and contentious decision of the PTC has contributed to and added another layer to already existing pushbacks and backlashes with which the ICC has been familiar. Stahn argues that ICC has pushback, if not backlash.³⁶ In the context of criminal litigation, scholars Madsen, Cebulak, and Wiebusch defined pushback as an 'ordinary form of resistance' against courts and tribunals.³⁷ The authors distinguish between pushback and backlash, explaining that while the former involves critique and contestation that does not challenge authority, the latter is a more drastic form of resistance that challenges and questions the authority of the Courts and tribunals. The most visible backlash that the Court has encountered during its short history is probably that it does not seem capable of going after big fishes/major powers.³⁸ Similarly, the allegations related to Africanisation of the Court -or African bias- are considered an indicator that the Court

34 Authorization of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, Situation in the Islamic Republic of Afghanistan (ICC-02/17-33), Pre-Trial Chamber II, 12 April 2019

35 Rossetti (n 25), p.591

36 Stahn Carsten and Bergsmo Morten, *On the Magic, Mystery, and Mayhem of Preliminary Examinations* Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2018, p.7

37 Madsen Mikael R, Cebulak Pola and Wiebusch Micha, *Backlash against international courts: explaining the forms and patterns of resistance to international courts* 14(2) International Journal of Law in Context, 2018 p.197

38 Takemura Hitomi, *Big Fish and Small Fish Debate—An Examination of the Prosecutorial Discretion* 7(4) Int Crim Law Rev, 2007, p.677

is not powerful enough to go after major power. There is no doubt that the Afghanistan decision of the PTC of the Court regrettably contributed to this perception.

According to Stahn, the ICC has largely 'shied away from confronting Big Powers' in its first decade. Schabas called this the 'banality of international justice.'³⁹ However, in the second decade, the Court has managed to engage more intensively with non-state actors, including major powers. Although this seems true, the mere existence of Preliminary Examinations does not suffice to claim that the Court is more courageous and more willing to deal with cases in which big fishes get involved.⁴⁰ The reaction of African states has shown that preliminary examinations in situations involving big fishes have failed to convince them. They constantly have argued that 'the lack of passing on to investigation is a demonstration of bias against the African States.'⁴¹ In other words, the critique to the ICC is that by conducting Preliminary Examinations such as in the case of Afghanistan, UK/Iraq, and Ukraine involving permanent members of the Security Council, the ICC has aimed to use the list of Preliminary Examinations, which spread geographically different regions, to discard the allegations that the Court only deals with situations in Africa.⁴² As can be seen from these examples, the current practice in authorization proceedings lacks reasonable consistency.⁴³

These inconsistencies have damaged the credibility and reliability of the Court and ultimately give rise to the belief that perhaps it is the time for the Court to change its ambitious objects, purposes, and motto as follows "to put an end to impunity" for "the most serious crimes," "committed by the parties that do not constitute a threat to the court". Some can argue that even if the Preliminary Examinations do not end up with prosecutions, they still have value as they can be used as a means of atrocity prevention. However, using the Preliminary Examinations without follow-up investigations as an atrocity prevention mechanism

39 Schabas William, *The Banality of International Justice* 11(3) Journal of International Criminal Justice, 2013 p.545

40 Stahn and Bergsmo (n 36), p.6

41 Ibid, p.7

42 Stahn (n 13), p.416

43 Rossetti (n 25), p.585

might put the Court in a vulnerable position and might damage the Court's ability to reach its objects and purposes. With the words of Stahn, it might even 'illustrate its lack of teeth.'⁴⁴

Some can argue that Afghanistan's decision is not novel because it is not the first case that the Court has adopted an interventionist approach. It is true that we experienced the Chamber's judicial activism in i.e., the Comoros decision. However, the outcomes of these two cases are 'diametrically opposed.' In the Comoros context, the Chamber's judicial activism aimed to endorse the presumption in favour of investigation based on a novel understanding and assessment of gravity threshold. When it comes to the Afghanistan context, with its interventionist approach, the Court aimed to stop the investigation process based on a novel and unprecedented understanding and assessment of the interest of justice threshold.⁴⁵

Another contributing factor to the existing backlashes is the disparity in length among Preliminary Examinations. This ultimately has led to the perceptions of bias with which the Court is already struggling.⁴⁶ The PTC 1 itself admitted in a very recent decision about the Myanmar situation that "extended preliminary examinations affect the rights of victims and maintain them in a state of uncertainty which is prejudicial." However, the momentous Afghanistan decision of the Chamber finally came at the end of 13 years of proceedings regarding the situation in that country.⁴⁷ Wharton and Grey mention a statistic about the length of Preliminary Examinations to support the African bias allegations, pointing out that among the shortest concluded preliminary examinations, eleven of them -the vast majority of the cases in the docket- all involved African Countries. This strengthens the overall picture in relation to the critiques about the Court's willingness to act in the black continent along with the concerns about 'prolonged wait for justice by victims in other regions.'⁴⁸

⁴⁴ Stahn and Bergsmo (n 36), p.13

⁴⁵ Rossetti (n 25), p.604

⁴⁶ Gray and Wharton (n 22), p.41

⁴⁷ Rossetti (n 25), p.586

⁴⁸ Gray and Wharton (n 22), p.52

In its reasoning, the PTC came up with another problematic argument that the Court shall allocate its resources for more promising and more realistic cases. One of the Court's justifications is that an investigation would not serve the interest of justice on the ground of limited resources. The Court argued that it already has limited resources. These resources would be better employed in 'other scenarios that appear to have more realistic prospects to lead to trials and thus effectively foster the interests of justice.'⁴⁹ However, it should be remembered that the decision as to whether there exists sufficient fund to proceed is under the mandate of the OTP, not the PTC. In the case of Afghanistan, the Chamber stepped in and argued that there are scarce sources to proceed, although it falls within the domain of the OTP. The problem with the Court's argument on the efficient use of resources and risk of wasting limited human and financial means is that it clearly 'interferes with the administrative independence of the Office' which is laid down under Article 42(2) of the ICC Statute⁵⁰, ensuring full authority of the PTP over the resources management.⁵¹

Yet, we should admit that it was a clever move by the Court because by concluding that a prospect investigation would not serve the interest of justice, the Court, perhaps in the very first place, succeeded in saving its reputation. Otherwise, it is well aware that a potential investigation and ultimately a potential trial would be completely ineffective if it has no power to enforce its decision against US soldiers and the CIA. So, the argument that an investigation would not serve the interest of justice is partially true as there will be no justice at the end of the day. Instead, the unimplemented decision would more shatter the Court's reputation than its inconsistent decision compared to previous ones. In either case, the Court gets unreparable damage.⁵²

49 Afghanistan Decision of PTC, Para 95.

50 Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998, entered into force 1 July 2002, Article 42

51 Rossetti (n 25), p.596

52 Ibid, p.593

Concluding Remarks

Despite its maladies and pitfalls, the ICC cannot be labeled as a scapegoat for gross human rights violations. It is true that even domestic criminal courts are mostly struggling with significant issues and problems. Allegations related to giving political decisions are among the main challenges that the Court has faced. As Schabas points out, the problem is not that the Prosecutor receives instructions from political actors or foreign intelligence agencies. Instead, he/she is 'compelled to select situations where objective, judicial criteria alone do not suffice.'⁵³ The author added that the Prosecutor has to make political choices, and he/she fails to take into account all admissible situations that fall within the Court's jurisdiction.⁵⁴ We can adjust and apply this criticism to the PTC by arguing that the Chamber has given a political decision by ignoring the fact that all the requirements under Article 53 have been met, including criteria of jurisdiction and admissibility. That is why the Court resorted to the most abstract standard, that of interest of justice, to stop the Prosecutor from proceeding with an investigation. Sadly, this contentious decision came soon after the US's intimidations and threats to revoke the Prosecutor's visa.⁵⁵ This undoubtedly did not help the Court save its already damaged reputation, particularly across African Countries. Along with additional backlashes against its existence, the decision destroyed its reputation and credibility, although there is a possibility for the decision to be reversed by the Appeal Chamber.

Regarding the criterion in question, it should be accepted that the Office is better than judges to make discretionary decisions, particularly when it comes to the abstract standard of the interest of justice.⁵⁶ Otherwise, the intervention and, accordingly, the conflict between actors within the Courts is inevitable. Rossetti pays attention

53 Schabas, 'Victor's Justice Selecting "Situations" at the International Criminal Court' (n 11) p.549

54 Ibid

55 Marlise Simons and Specia Megan, *US. Revokes Visa of ICC Prosecutor Pursuing Afghan War Crimes*, 2019, <<https://www.nytimes.com/2019/04/05/world/europe/us-icc-prosecutor-afghanistan.html>>

56 Rossetti (n 25), p.608

to the risk that the exercise of judicial review of prosecutorial discretionary ends up a 'significant degree of fragmentation across the decisions of various Chambers,' along with 'lack of mutual trust between the OTP and PTCs.'⁵⁷ The Chamber's interventionist approach involves a risk of exacerbation of the already existing 'significant institutional tension and polarization between the OTP and judges'⁵⁸ Therefore, the relationship between the PTCs and the Prosecutor requires further attention.⁵⁹ Perhaps, there needs to strike a balance between the Office of the Prosecutor and the PTC. Some define this tension as an oscillation between two extreme points, i, e., excessive deference, and excessive interventionism.⁶⁰ These two extreme approaches make it impossible to strike a reasonable balance 'between the needs of flexibility and legal predictability in the conduct of proceedings at the ICC.' Accordingly, one possible way out would be that during the judicial review of positive and negative prosecutorial choices, 'a more pragmatic intermediate position could be adopted by the PTCs.'⁶¹

57 Ibid, p.605

58 Ibid, p.599

59 Stahn (n 13), p.434

60 Rossetti (n 25), p.605

61 Ibid, p.620

BIBLIOGRAPHY

- Andrew Tucker, International Criminal Court Afghanistan decision – what are the implications for Israel/Palestine? <https://www.thinc.info/international-criminal-court-afghanistan-decision-what-are-the-implications-for-israel-palestine/>
- Authorization of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, Situation in the Islamic Republic of Afghanistan (ICC-02/17-33), Pre-Trial Chamber II, 12 April 2019
- Davis Cale, *Political Considerations in Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court* 15 Int'l Crim L Rev 170, 2015
- Gray Rosemary and Wharton Sara, *The Full Picture: Preliminary Examinations at the International Criminal Court* 56 Can yearb int law 1, 2019
- Jacobs Dov, *ICC Pre-Trial Chamber rejects OTP request to open an investigation in Afghanistan: some preliminary thoughts on an ultra vires decision* (2019) <https://dovjacobs.com/2019/04/12/icc-pre-trial-chamber-rejects-otp-request-to-open-an-investigation-in-afghanistan-some-preliminary-thoughts-on-an-ultra-vires-decision/>
- Madsen Mikael R, Cebulak Pola and Wiebusch Micha, *Backlash against international courts: explaining the forms and patterns of resistance to international courts* 14(2) International Journal of Law in Context, 2018
- Marlise Simons and Specia Megan, *US. Revokes Visa of ICC Prosecutor Pursuing Afghan War Crimes*, 2019, <https://www.nytimes.com/2019/04/05/world/europe/us-icc-prosecutor-afghanistan.html>
- OTP-Policy_Paper_Preliminary_Examinations_2013-ENG, 17
- Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998, entered into force 1 July 2002, Art. 53
- Rossetti Luca Poltronieri, *The Pre-Trial Chamber's Afghanistan Decision* 17(3) Journal of International Criminal Justice 585, 2019
- Schabas William, *The Banality of International Justice* 11(3) Journal of International Criminal Justice, 2013
- Schabas William, *Prosecutorial Discretion v. Judicial Activism at the International Criminal Court*, Journal of International Criminal Justice, Volume 6, Issue 4, September 2008, Pages 731–761
- Schabas William, *Victor's Justice Selecting "Situations" at the International Criminal Court* J Marshall L Rev 535, 2009

Stahn Carsten and Sluiter Göran, *The emerging practice of the International Criminal Court*, Legal aspects of international organization v. 48, Martinus Nijhoff Publishers 2009

Stahn Carsten and Bergsmo Morten, *On the Magic, Mystery, and Mayhem of Preliminary Examinations* Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2018

Stahn Carsten, *Damned If You Do, Damned If You Don't* 15(3) Journal of International Criminal Justice 413, 2017

Takemura Hitomi, *Big Fish and Small Fish Debate–An Examination of the Prosecutorial Discretion* 7(4) Int Crim Law Rev, 2007

ORMAN YANGINLARI VE DİĞER ORMAN SUÇLARINA HUKUKİ BAKIŞ

(Legal Overview of Forest Fires and Other Forest Crimes)

Ceza Hukuku ve Kriminoloji Merkezi

Av. Dr. Candaş GÜROL

Av. Esin YALÇIN

Av. Rohat KIRAK

Av. Yusuf GÜRLEYEN

Stj. Av. Ahmet Emre AKTAŞ

Stj. Av. Simay Tuana KASAP

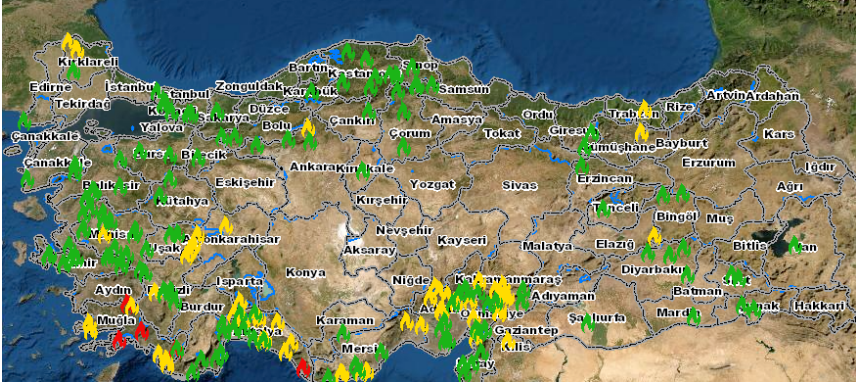
GİRİŞ

T.C. Tarım ve Orman Bakanlığı Orman Genel Müdürlüğü verileri¹ gereğince 78.004.644 (ha) alana sahip olan ülkemizin 22.740.297 (ha) alanı ormanlık alandır. Bu oranın yüksek olduğunu söylenebilse de coğrafi şartlar düşünüldüğünde çok daha geniş ormanlık alanlara sahip olma imkanımızın bulunduğu açıktır. Ancak tüm dünyada benzerlerini gördüğümüz üzere, insanların yaşam alanlarının genişletilmesi istek ve gerekliliği, teknolojik, ekonomik vb. ihtiyaç ve çıkarlar gibi sebepler nedeni ile yaşam kaynaklarımız daraltılmaktadır. Dolayısı ile en azından var olanı korumak, olası kötü müdahaleleri durdurmak ve ormana müdahalenin varlığı halinde en az zarar ile müdahaleyi sonlandırmak için derhal etkili tedbirlerin alınması son derece mühimdir.

İşbu çalışma ülkemizde son dönemlerde yaşanan büyük orman kayıpları sebebi ile toplumu bilgilendirmek için hazırlanmıştır. Ha-

¹ <https://w.cb.ogm.gov.tr/Sayfalar/Ormanlarimiz/Illere-Gore-Orman-Varligi.aspx>, Erişim Tarihi:09.08.2021

zin durumun anlaşılması için T.C. Tarım ve Orman Bakanlığı Orman Genel Müdürlüğü verilerinden yararlanarak aşağıda yer alan (09.08.2021 tarihi itibari ile) haritaların incelenmesi yeterlidir.²



(* Söndürülmüş alan, * Kontrol altında, * etkin)

Tarım ve Orman Bakanlığı Orman Genel Müdürlüğü'nün resmi internet sitesindeki istatistiklere göre 2019 yılında Türkiye'de toplam 2688 tane orman yangını çıkmıştır. Çıkan 2688 orman yangınının 124 tanesi kast, 883 tanesi ihmal, 372 tanesi doğal sebep ve 1309 tanesi faili meçhuldür. 2020 yılında ise toplam orman yangını sayısı bir önceki yıla oranla artmış olup toplamda 3413 tane orman yangını çıkmıştır.

2020 yılı istatistiklerine bakıldığında orman yangınlarının çoğunun kast, ihmal ve kazaya dayandığı açık olup doğal sebeplere dayanan orman yangını çıkması ihtimalinin düşük olduğu görülmektedir.³

12.7 Yangınların çıkış sebeplerine göre bölge müdürlüklerine alan olarak dağılımı, 2020
The distribution of the area to regional directorates according to reason out the fire, 2020

Orman Bölge Müdürlüğü Regional directorates of forestry	İhmal Negligence							Kast Intentional			Kaza Accident			Sebebi Bilinmeyen Unknown	Doğal Natural (Lighting)	Toplam Total
	Anız Stubble fire	Çöpçuk Dump	Avcılık Hunting	Coban Ateşi Shepherd fire	Sığara Oporette	Piknik Picnic	Diğer Other	Terör Terror	Kundaklama Incursion	Açma Expanding	Diğer Other	Enerji Energy	Trafik Traffic	Diğer Other		
Toplam-Total	283.79	43.97	2.75	61.42	18.40	15.27	41.47.1	0.68	667.41	-	49.82	3499.48	13.17	195.54	11771.15	20970.94

2 <https://cbs.ogm.gov.tr/yanigin/>, Erişim Tarihi 09.08.2021

3 <https://www.ogm.gov.tr/tr/e-kutuphane/resmi-istatistikler>, Ormancılık İstatistikleri 2020, Erişim Tarihi: 09.08.2021

Bu üzücü resmi veriler sebebi ile çalışma yapma gereği hasıl olmuş olup bu çalışmada ormanlarımıza zarar verici fiillerin cezalandırılması, orman memurları düzenlemeleri, yangın sonrası orman vasfında bulunan alanlara yönelik işlemler ve çözüm yollarına ilişkin önerilerde bulunulacaktır.

1. 6831 SAYILI ORMAN KANUNU GEREĞİNDE ORMAN

Ormanlara zarar verici fiillerle mücadele her şeyden önce yaşamın devamını sağlamak için zorunludur. Nitekim ormanlar; oksijen üretimi, su varlığının korunması, erozyonun önlenmesi, kuraklık, toprak oluşumu başta olmak üzere birçok hayati alana etki etmektedir. Ormanlar, içerisinde; ağaçlar, bitkiler, endemik türler, hayvanlar ve mikroorganizmalar barındıran ve bunların uyumlu bir şekilde bir arada yaşadıkları bir ekosistemdir. Bu düzenin kurulması için 20 ila 200 yıllık bir zaman dilimine ihtiyaç vardır. Konu bu yönü ile incelendiğinde geniş bir uygulama alanına sahip olacak olup çevre hukuku, hayvan hakları gibi birçok disiplin ile birlikte çalışmayı gerektirmektedir. Ormanın korunması toplum sağlığı, kültürü, ülke ve bölgenin ekonomik yapısı, turistik faaliyetler gibi birçok sosyal hayat alanına da doğrudan temas etmektedir. Zira tam da bu sebeple konunun Anayasada düzenlendiği söylenebilir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sının 169. maddesi devlete, ormanları koruma ve gözetim yükümlülüğü yüklemiştir. 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sının Ormanların Korunması ve düzenlenmesi başlıklı 169. maddesi uyarınca; ***“Devlet, ormanların korunması ve sabalarının genişletilmesi için gerekli kanunları koyar ve tedbirleri alır. Ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme müsaade edilemez.”*** Maddenin devamı incelendiğinde düzenlemenin bir ceza kanunu maddesi gibi detaylı şekilde (özellikle ‘Ormanların tahrip edilmesine yol açan siyasi propaganda yapılmaz’ cümlesi düşünüldüğünde) Anayasa içerisinde yer alması haklı olarak eleştirilmiştir. Ancak konuyu ülkemizde ormanların varlığına yapılan kötü muamelelerin yoğunluğu sebebi ile ‘kanun koyucunun etkin mücadele niyeti’ şeklinde algılamak gerektiği kanaatindeyiz.

Orman suçlarından bahsederken gereği gibi bir değerlendirme yapılabilmesi için öncelikle hangi tür alanların orman olarak değerlendirileceğinin belirlenmesi gerekir.

6831 Sayılı Orman Kanunun 1. maddesine göre “*Tabii olarak yetişen veya emekle yetiştirilen ağaç ve ağaççık toplulukları yerleriyle birlikte orman sayılır.*” şeklinde düzenleme yapılmış olup bu genel tanımın birçok istisnası aynı hüküm içerisinde düzenlenmiştir. Buna göre;

A) Sazlıklar;

B) Step nebatlariyle örtülü yerler;

C) Her çeşit dikenlikler;

Ç) Parklar;

D) Şehir mezarlıklarıyla kasaba ve köylerin hudutları içerisinde bulunan eski (kadim) mezarlıklardaki ağaç ve ağaçlıklarla örtülü yerler

E) Sahipli arazide bulunan ve civarındaki ormanlarda tabii olarak yetişmiyen ağaç ve ağaççık nevilerinin bulunduğu yerler;

F) Orman sınırları içinde veya bitişiğinde tapulu, orman sınırları dışında ise her türlü tasarruf belgeleriyle özel mülkiyette bulunan ve tarım arazisi olarak kullanılan, dağınık veya yer yer küme ve sıra halinde ki her nevi ağaç ve ağaççıklarla örtülü yerler,

G) Orman sınırları dışında olup, yüzölçümü üç hektarı aşmayan sahipli arazilerde tabii olarak yetişen her nevi ağaç ve ağaççıklarla örtülü yerler,

H) Orman sınırları içinde veya bitişiğinde tapulu, orman sınırları dışında ise her türlü tasarruf belgeleri ile özel mülkiyette bulunan ve muhitin bususiyetlerine göre yetişmiş veya yetiştirilecek olan (...) fıstık çamlıkları ve palamut meşelikleri dahil olmak üzere her nevi meyveli ağaç ve ağaççıklar;

- İ) Sahipli arazideki aşılı ve aşısız zeytinliklerle, özel kanunu gereğince Devlet Ormanlarından tefrik edilmiş ve imar, ıslah ve temlik şartları yerine getirilmiş bulunan yabancı zeytinlikler ile 9/7/1956 tarih ve 6777 sayılı Kanunda tasrih edilen yabancı veya aşılanmış fıstıklık, sakızlık ve harınluklar.***
- J) Funda veya makilerle örtülü orman ve toprak mubafaza karakteri taşımayan yerler,***
- K) Orman sınırları dışında olup, alan büyüklüğüne bakılmaksızın sahipli arazilerde, ekim ve dikim yolu ile yetiştirilen her nevi ağaç ve ağaçcıklarla örtülü yerler, orman sayılmaz.”***

Madde metni incelendiğinde düzenlemenin fazla sınırlayıcı olduğu anlaşılmaktadır. Öncelikle Orman tanımının bir ekosistem bütününden uzak oluşturulduğu ortada olup aynı zamanda yaratılan istisnalar gereği de etkin bir mücadele söz konusu olamayacaktır. Zira her zaman net bir şekilde orman alanını tespit etmek mümkün değildir. Örneğin ülkemizin şu günlerde ciddi mücadele içerisinde olduğu yangınlar maki bitki örtüsünün yoğun olduğu alanlarda gerçekleşmektedir. Bilindiği üzere makiler çok ufak bir görüntü içerse de toprak altında büyük köklere sahip olabilir. Bu nedenle bir alanın orman olup olmadığının değerlendirilmesi hususunda, konusunda uzman mühendis ve fen bilirmişlerine başvurmak zaruridir. Yapılan yargılamalar kapsamında da bu hususa ehemmiyet verildiğini söylemek mümkün olup bu yönde bir rapor alınmaksızın ceza tayinine gidilmesinin dosyada eksiklik oluşturacağına ilişkin kanaat mevcuttur.

Bölgenin orman olup olmadığının incelemesi, orman kadastro-su yapılan yerlerde daha kolaydır. Bu durumda orman yangını oluşan alanın kadastro sınırı içerisinde bulunup bulunmadığı incelenir. Orman kadastro su 3116 sayılı Kanun döneminde yapılmış ise bu alanlarda değerlendirme yapılırken sonrasında bir tahdit işlemi olup olmadığına bakılmalıdır. Tahdit işlemi bulunmuyorsa ve alan tahdit dışında ise alanın orman olup olmadığı değerlendirilirken tahdit kriteri yeterli değildir. Ayrıca bölgenin toprak yapısı, eğimi, bitki

örtüsü, muhafaza karakteri belirlenmelidir. Yine 6831 sayılı Orman Kanuna göre orman kadastrounun uygulanması hakkında Yönetmeliğin 26. maddesine göre orman olan sahaların herhangi bir şekilde komisyonlarca sınırlama dışı bırakılmış veya orman sayılmamış olması bu yerlerin orman olma vasfını ortadan kaldırmayacağı gibi 6831 sayılı yasanın 1. maddesine göre orman tahdidi dışında bırakılan yer sonradan orman vasfını da kazanabilecektir. Bu arazilerin de 6831 sayılı kanunun 1. maddesi şartlarını taşıması halinde orman olarak kabul edilmesi gerekir.⁴

Orman Kadastro ve 2/B Uygulama Yönetmeliğinin 16. maddesi gereğince;

“1) Komisyonlarca;

- a) 6831 sayılı Kanunun 1 inci maddesine göre, orman sayılan ve eskiden beri Devlete ait olduğu bilinen ormanlar,***
- b) Orman tahdit veya kadastro yapılmış olsun ya da olmasın, tapulama veya kadastro sonucu ya da hükmen orman vasfı ile Hazine adına tescil edilen yerler,***
- c) 3116 sayılı Kanunun geçici 1 inci maddesine göre kamulaştırılmış ormanlar,***
- ç) 4785 sayılı Kanunla Devletleştirilmiş ormanlar,***
- d) 6831 sayılı Kanunun 3 üncü maddesine göre orman rejimine alınmış yerler,***
- e) 6831 sayılı Kanunun 13 üncü maddesinin birinci fıkrasının (B) bendine göre orman olarak ağaçlandırılan veya ağaçlandırılacak yerler,***
- f) 6831 sayılı Kanunun 24 üncü maddesine göre kamulaştırılan yerlerle diğer suretle orman yetiştirilmek üzere kamulaştırılan yerler,***
- g) Devlet ormanı olduğuna dair kesinleşmiş mahkeme kararı bulunan yerler,***

⁴ Mustafa Toprak, Açıklamalı-İçtihatlı Orman Suçları, Adalet, 4. Baskı, 2021, Ankara

ğ) Sınırlandırma sırasında orman olduğu halde orman sınırları dışında kalmış ormanlar;

b) Maliye Bakanlığınca ağaçlandırılmak üzere tahsis edilmiş yerlerden, ağaçlandırılmış ve yapılan ağaçlandırma çalışmasının başarılı olması neticesinde kesin tahsisi yapılarak orman niteliği kazanmış yerler,

ı) Orman ve toprak muhafaza karakteri taşıyan funda ve makilik alanlar,

i) Orman içi açıklıklar,

Devlet ormanı olarak sınırlandırılır”

6831 sayılı Kanun 1. maddesinde ‘**ağaç ve ağaççık toplulukları yerleriyle birlikte**’ şeklinde bir belirleme yapılmıştır. Buradan anlaşılması gereken orman toprağının da ormanın ayrı bir unsuru olduğudur. Zira Anayasa Mahkemesinin 10.03.1966 tarihli 46/14 sayılı kararında özetle; alanın/yerin orman tarifi içerisinde var olduğu ve ağaçlardan ayrı bir korumaya sahip olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle ağaçlar yok olsa dahi toprak sebebi ile alan/yer orman olarak değerlendirilebilir. Bu görüşün Yargıtay tarafından da benimsendiği emsal kararlar ile sabittir.

2. ORMAN MEMURLARININ GÖREV VE YETKİLERİ

31.8.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu 77. maddesi gereğince orman memurlarının anılan kanunda tanımlanan suçların işlenmesinin önlenmesi veya işlenen suçlarla ilgili olarak başlatılan soruşturmadaki görevleri kapsamında kolluk görevlisi sıfatını taşıyacağı düzenlemiştir. Yine bu kişilere silah taşıma yetkisi verilmiştir. 6831 sayılı kanunun 78. maddesinde yukarıda anılan silahların şu hallerde kullanılabileceğini düzenlemiştir:

- TCK’da düzenlenen hakkın kullanılması, meşru savunma veya zorunluluk hallerinde;
- Tecavüz veya taarruza yarayan alet ve silahları taşıyanlarla alet veya silahların derhal teslimi emredildiği halde bu emre riayet edilmeyerek fiilen tecavüz ve taarruzda bulunulması ve

bu tecavüz ve taarruzun da başka şekilde def'ine imkân olması;

- (B) bendi gereğince teslim edilen alet ve silahları veya el konan müsadereye tabi nakil vasıtaları ile orman emvalini veya memurun silahını almak veya orman bölge ve muhafaza binalarına zorla girmek maksadıyla vaki tecavüz ve taarruzun başka şekilde def'ine imkân bulunamaması.

6831 sayılı Kanunun 79. maddesi gereğince; orman memurları, CMK hükümlerine göre şüphelileri yakalama ve bu kanuna aykırılık teşkil eden fiillerin işlenmesi suretiyle elde edilen orman malları ile bu kanunda yer alan suçların işlenmesinde nakil vasıtası ve sair eşyaya el koyabilir.

6831 sayılı kanunun 80. maddesine göre orman memurları, bu kanun hükümlerine aykırı hareket edenlerin kimlik bilgilerini, ikametgahlarını ve suçlarının mahiyetini tespit ile kendileri, suçlu ve varsa hazır bulunanlardan en az iki kimseye imzalatacak şekilde (aksi tespit edilinceye kadar geçerli olmak üzere) belge düzenlerler. Kimlik tespiti yapılamayan suçlular vakit geçirilmeksizin tespit yapılabilecek en yakın köyün muhtar veya ihtiyar heyetine ve bunlarla da tespiti mümkün olmazsa en yakın zabıta merkezine götürülürler. Memurlar, vakit geçirmeksizin bu belgeleri bağlı bulundukları amirlerine gönderirler. Amirlerce tetkik edilerek en kısa bir zamanda mahalli Cumhuriyet Savcılığına verilir.

Her ne kadar orman memurları, ormanlık alanların korunması ve düzenin sağlanması için görevlendirilmiş ve birtakım yetkilerle donatılmış gibi görünse de bu durumun yeterli bir tedbir olmadığı kanaatindeyiz. Zira orman memurları amaca ulaşmada yetersiz kalmaktadır. Bu kişiler, günde 8 saat ve haftada 5 gün çalışan devlet memurlarıdır. Oysa ormanlık alanlar, günün her saati bilfiil kontrol ve denetim altında olması gereken, çok daha kapsamlı teknik ve teknoloji ile korunması ve gözetilmesi gereken alanlardır.

3. ORMAN SUÇLARI

Orman suçlarının ne olduğu konusunda fikir birliği bulunmamaktadır. Orman Genel Müdürlüğü'nün "Ormanların Kanun Dışı Müda-

halelerden Korunması Esasları” isimli 293 numaralı tebliğinde orman suçları; “Dikiliden Ağaç Kesilmesi (Kesme) Suçu”, “Fidan Ekim Sahasını Bozma Suçu”, “Nakil (Taşıma) Suçları”, “Kullanma (Sarf) Suçları”, “Zati ve Müsterek İhtiyaçlar İle İlgili Suçlar”, “Açma Suçları”, “İşgal ve Faydalanma Suçu”, “Otlatma Kabahati”, “Avlanma Suç ve Kabahatleri”, “Orman Yangını Suçları”, “Kömür Yapma Suçu”, “İzinsiz Maden Ocağı Açma Suçları”, “İzinsiz Tesis Kurma Suçları” başlıkları altında düzenlenmiştir.

3.1. Dikiliden Ağaç Kesme Suçu:

Dikiliden Ağaç Kesme Suçu; 6831 Sayılı Kanun’un 14. maddesinde düzenlenmiştir.

“III. Ormanların muhafazası:

Madde 14 – Devlet ormanlarında:

A) Yetişmiş veya yetiştirilmiş fidanları kesmek, sökmek, ekim sabalarını bozmak, yaş ağaçları boğmak, yaralamak, tepelerini veya dallarını kesmek veya koparmak veya ağaçlardan yalamuk, pedavra bartama çıkarmak;

B) Dikili yaş veya kuru ağaçları kesmek veya bunları kökünden sökmek veya bunlardan kabuk veya çıra veya katran veya sakız çıkarmak, yatık veya devrik ağaçları kesmek veya götürmek, kök sökmek, kömür yapmak;

C) (Değişik: 3/11/1988-3493/1 md) Palamut, ıhlamur çiçeği, her çeşit orman örtüsü, mazi kozalağı tıbbi ve sımai nebatları veya orman tohumlarını toplayıp götürmek;

D) (Ek: 3/11/1988-3493/1 md.) Ormanlardaki göl, gölet, baraj ve derelerde dinamit atmak veya zehir bırakmak suretiyle avlanmak;

E) (Ek: 3/11/1988-3493/1 md) Ticaret amacıyla olmaksızın kendi ihtiyacı için toprak, kum ve çakıl çıkarmak;

Yasaktır.”

14. maddede birden fazla suç düzenlenmiş olup dikiliden ağaç kesme suçunun cezası aynı kanunun 91. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre 14. maddenin (A) ve (B) bentleri ile yasak edilen fiilleri gerçekleştirenler hakkında üç aydan beş yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası verilir. Suçun konusunun münhasıran yakacak nitelikte emval veren ağaç olması durumu cezada hafifletici sebep olarak kabul edilmiş olup verilecek cezanın yarı oranında indirileceğini düzenlenmiştir. Bununla beraber, suçun konusunun fidan olması halinde ise 91. maddenin 1. fıkrasında öngörülen ceza bir kat artırılır. Birinci fıkradaki ağaç kesme ve sökme fiillerinin işlenmesinde motorlu araç ve gereçler kullanılması halinde de verilecek ceza bir kat artırılır. Ancak, fidanlar hakkında bu hüküm uygulanmaz. 2011 yılında yapılan değişiklikte; 14. maddenin (A) ve (B) bentleriyle yasak edilen ve 91. maddenin 1/2/3/4. fıkralarında yazı olmayan fiilleri işleyenler ise, iki yüz elli Türk Lirasından iki bin Türk Lirasına kadar idari para cezası ile cezalandırılır. Bu fiillerin, 3 üncü madde gereğince orman rejimi altına alınan yerlerde veya 23 üncü, 24 üncü ve 25 inci maddeler gereğince muhafaza ormanı veya milli park olarak ayrılmış ormanlarda işlenmesi halinde verilecek idarî para cezası beş yüz Türk Lirasından az olamaz. Bu fiilin konusunu oluşturan veya işlenmesi suretiyle elde edilen eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesine de karar verilir. Bunlara ek olarak 91. maddede 14. maddede düzenlenen yasak fiillerin, orman sahipleri tarafından işlenmesi de düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre **“Bu Kanunun 14 üncü maddesinin (A) ve (B) bentlerine muhalif hareket edenler orman sahipleri ise iki seneye kadar hapis ve adlî para cezasıyla cezalandırılır. Ancak kendi arazisi üzerinde tohum ekmek veya fidan dikmek suretiyle yetiştirilecek ormanların sahipleri yukarıdaki fıkra hükmüne tabi değildir.”**

Dikiliden ağaç kesme suçuna ilişkin aynı kanunun 113. maddesi ve 114. maddesi uyarınca tazminat ödeme yükümlülüğü söz konusudur.

“Madde 113 – (Değişik: 23/9/1983-2896/55 md.)Bu Kanunla yasaklanan fiilin dikiliden ağaç kesilmesine taalluku halinde ağaç müsadere edilmiş olsa dahi talep halinde hükmolunacak tazminat mahalli rayice göre hesaplanır.

(Değişik ikinci fıkra: 23/1/2008-5728/220 md.) Mahallî rayiç; bu Kanuna aykırılık oluşturan fiilin işlendiği yere en yakın orman satış istif yerinde, söz konusu orman mahsulü emvalin bir evvelki yıla ait bilanço döneminde yapılan açık artırmalı satışlarda aynı cins ve türdeki emval için beliren satışlar ortalamasıdır.

112 nci maddenin son fıkrası hükmü bu madde için de geçerlidir.”

“Madde 114 – (Değişik: 23/9/1986-2896/56 md.)

Her türlü orman suçları ile tahrip olunan veya yakılan sahalılar için, bu Kanunda yazılı tazminattan başka ayrıca, ağaç cinsine göre cari yıl içindeki mahalli birim saha ağaçlandırma gideri esas tutularak ağaçlandırma masrafına da hükmolunur.”

3.2. Fidan Ekim Sahasını Bozma Suçu:

Fidan Ekim Sahasını Bozma Suçu tıpkı dikili ağaç kesme suçu gibi 6831 sayılı Kanunun 14. maddesinde düzenlenmiş ve suçun cezası 91.maddede öngörülmüştür. Kanunun 91. maddesindeki düzenlemeye göre Fidan Ekim Sahasını Bozma Suçunun cezası bir yıldan beş yıla kadar hapis cezasıdır. Orman Genel Müdürlüğü’nün 293 numaralı tebliğinin 24. maddesi uyarınca; tabi veya suni yolla oluşan fidan sahalarındaki tahribat (Otlatma, toprak işleme, örtünün temizlenmesi, toprak temini, atık dökülmesi vb.) fidan ekim sahasını bozma suçu kapsamında değerlendirilir. Suçun işlenme tarihi fidan ekim sahasının bozulma tarihidir, bozulma tarihi tam olarak bilinmiyorsa tutanak tarihi baz alınarak suçun işlenme tarihi tahmini olarak yazılır. Fidan Ekim Sahasını Bozma Suçu ile ilgili olarak da 6831 sayılı Kanunun 112/B ve 114. maddeleri uyarınca tazminat yükümlülüğü söz konusudur.

3.3. Nakil (Taşıma) Suçu:

Nakil, taşıma suçu 6831 sayılı Kanunun 100. maddesinde düzenlenmiştir. 6831 sayılı Kanunun 41. maddesine aykırı olarak her çeşit orman emvalini nakliye tezkeresiz, faturasız veya sevk irsaliyesiz, damgaya tabi olanları damgasız nakledenler 108. madde uyarınca

cezalandırılırlar. 108. madde uyarınca nakil, taşıma suçunun cezası bir seneye kadar hapis ve adli para cezasıdır. Nakil suçunun oluşabilmesi için emvalin yüklendiği aracın ilk yüklendiği yerden harekete geçerek yol alması gerekir. Ayrıca yine nakil, taşıma suçu sebebiyle nakil vasıtasının müsadere edilebilmesi için nakil, taşıma vasıtasının hareket etmiş olması gerekir.

3.4. Kullanma (Sarf) Suçları:

Orman Genel Müdürlüğünce belirlenecek esaslara göre damgaya tâbi iken damgasız, nakliye tezkeresine tâbi iken nakliye tezkeresiz, faturaya tâbi iken faturasız veya sevk irsaliyesiz olan orman emvali kaçak sayılır. Kaçak orman emvalini nerede ve ne için olursa olsun kullanmak suçtur.

3.5. Zati ve Müşterek İhtiyaçlar İle İlgili Suçlar:

Orman köylüleri: geçimini verilen izin ölçüsünde kestiği ağaçları, odunları satarak sağlayan kişilerdir. 6831 sayılı Kanunun 31, 32 ve 33. maddelerinde orman köylülerin zati ve müşterek ihtiyaçları düzenlenmiş yine aynı kanunun 98. maddesinde ise zati ve müşterek ihtiyaçlar ile ilgili suçların cezası belirlenmiştir. 6831 sayılı Kanunun 98. maddesi uyarınca *“31 inci, 32 nci ve 33 üncü madde hükümlerine göre, köylülere zati ihtiyaçları ile köy müşterek ihtiyaçları için verilen yapacak orman emvalini; yerinde kullanmayıp her ne surette olursa olsun elden çıkaranlar, bunları verilmiş gayesine uygun kullanmayanlar, yirmi günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılır.”*

3.6. Açma Suçları:

Açma suçu 6831 sayılı Kanunun 93. maddesinde düzenlenmiştir. Kanunun 17. maddesine göre; Devlet ormanları içinde bu ormanların korunması, istihsal ve imarı ile alakalı olarak yapılacak her nevi bina ve tesisler müstesna olmak üzere tarla açılması yasaktır. 93. maddedeki düzenlemeye göre; kanunun 17. maddesinde yasak edilen fiilleri işleyenler veya izne bağlı işleri izinsiz yapanlar, 91. madde hükümleri saklı kalmak üzere altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile

cezalandırılırlar. İşgal ve faydalanma suçunun yeniden tarla açmak suretiyle veya yanmış orman sahalarında ya da kesinleşmiş orman kadastrosu sınırları içerisinde işlenmesi halinde verilecek ceza bir kat artırılır.

3.7. İşgal ve Faydalanma Suçu:

İşgal ve Faydalanma suçu 6831 sayılı Kanunun 17/1 maddesinde düzenlenmiş olup söz konusu suçun cezası ise yine 93. maddede düzenlenmiştir. Açma suçu dışında ormanlık alanlardaki usulsüz faydalanma eylemleri, işgal ve faydalanma suçunu oluşturmaktadır.

3.8. Otlatma Kabahati:

6831 sayılı Kanunun 19. maddesi uyarınca ormanlara her türlü hayvanların sokulması yasaktır. Ancak, kamu yararının gereklerine uygun olarak orman idaresince belirlenen orman alanlarında; orman idaresince tespit edilen usul ve esaslar çerçevesinde hayvan otlatılmasına izin verilebilir. 19. madde hükümlerine aykırı davrananlar ise 95. madde uyarınca idari para cezasıyla cezalandırılır.

3.9. Avlanma Suç ve Kabahatleri:

6831 sayılı Kanunun 14. maddesinin D bendi uyarınca Ormanlardaki göl, gölet, baraj ve derelerde dinamit atmak veya zehir bırakmak suretiyle avlanmak yasaktır. 4915 sayılı Kara Avcılığı Kanunun 6. maddesinde ise yasak olan avlanma biçimleri sayılmıştır. Söz konusu kanunun 6. maddesine göre; zehirle avlanmak yasaktır. Bununla beraber yine aynı maddede avda kullanılmaması gereken aletler belirtilmiştir. *“Haznesi iki fişek alacak şekilde sınırlandırılmamış otomatik, yarı otomatik, pompalı ve benzeri yivsiz av tüfekleri ile havahı tüfek ve tabancalar avda kullanılamaz. Eğitilmiş hayvanlarla ve mücadele kapsamında kullanım yeri, şekli ve özellikleri Merkez Av Komisyonunca belirlenecekler dışında kara, hava araçları ve yüzer araçlarla, ses, manyetik dalga, ışık yayan araç ve gereçler, canlı mükrebre, tuzak, kapan ve diğer benzeri araç, gereç ve usullerle avlanılamaz. Avda kullanımı Merkez Av Komisyonu kararı ile men edilen ses ve*

manyetik dalga yayan cibazlar, tuzak ve kapanlar ile benzeri araç ve gereçlerin pazar ve ticarethanelerde bulundurulması ve satışı yasaktır. Özellikleri Merkez Av Komisyonunca belirlenenlerin dışında gümeler kurulamaz ve bu gümelerde avlanılmaz. Avlanan hayvanların taşınması ve avlanma gayesi dışında mücadele kapsamında ve kişilerin kendilerini, tarlalarını ve sürülerini korumak maksadıyla avlaklarda avcılık belgesi ve avlanma izni olmadan avlanmada kullanılan silâhları ve araçları taşıma veya köpek bulundurma ile eğitilmiş hayvanlarla ve avlanma zamanı dışında avlanma esasları Merkez Av Komisyonunca tespit edilir. Bu esas ve usullere aykırı şekilde avlanamaz.” 4915 sayılı Kanunun 6. maddesindeki düzenlemeye aykırı olarak avlananlar yine aynı kanunun 24. maddesi uyarınca hapis cezası ve idari, adli para cezasıyla cezalandırılırlar. Ayrıca; zehirle avlanan faillerin avcılık belgeleri iptal edilir ve bir daha avcılık belgesi alamazlar.

3.10. Kömür Yapma Suçu:

6831 sayılı Kanunun 14. maddesinin B bendi uyarınca kömür yapmak suçtur. Kömür yapma suçu kömür yapma işlemi tamamlandığında oluşur. Fail kömür yapma işlemini tamamlayıp ateşleme safhasında yakalanmışsa teşebbüs hükümleri uygulanır. Kömür Yapma suçunun cezası 91. maddenin 5. fıkrası uyarınca belirlenir. 91. maddeye göre; 14. maddenin B bendine aykırı hareket edenlere iki yüz elli Türk Lirasından iki bin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. Ayrıca suçun; orman rejimi altına alınan yerlerde veya muhafaza ormanlarını veya milli park olarak ayrılmış ormanlarda işlenmesi halinde verilecek idari para cezası beş yüz Türk Lirasından az olamaz. Bu cezalara ek olarak dikiliden ağaç kesilerek kömür yapılması fiilinin cezası 91/5 uyarınca değil 91/1 uyarınca belirlenir ve fail üç aydan beş yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.

3.11. İzinsiz Maden Ocağı Açma Suçları:

6831 sayılı Kanunun 16. maddesi uyarınca ormanlarda maden açma izne tabiidir. İzinsiz bir şekilde maden ocağı açanlar kanunun

92. maddesi uyarınca iki yıldan yedi yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar. Bu cezaya ek olarak izin alınmadan ormanda açılan maden ocakları kapatılır.

3.12. İzinsiz Tesis Kurma Suçları:

Devlet ormanlarında tesis kurulması 6831 sayılı Kanunun 18. maddesi uyarınca Orman Genel Müdürlüğünün iznine bağlıdır. İzinsiz olarak kurulan tesislerin işletilmesi kanunun 94. maddesi uyarınca men edilir. İzinsiz olarak tesis kuranlar altı aydan iki yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar.

3.13. Orman Yangını Suçları:

Ülkemizde en çok bilenen orman suçu orman yangını suçudur. Her yıl 1 Mayıs - 1 Kasım arası yangın mevsimi olarak adlandırılmaktadır. Küresel ısınma ile birlikte iklimlerin değiştiği ve maalesef ki sıcaklıkların arttığı her gün daha da yakından hissedilmektedir. Ülkemizde jeopolitik konum, engebeli yapı ve farklı tipte rüzgarların etkili oluşu sebebiyle orman yangınlarının kontrol altına alınması oldukça zordur.

Orman yangı suçlarının cezası ise 110. maddede düzenlenmiştir. Orman Kanununun 110. maddesini temelde üç yönden incelemek mümkündür; Ormanda İzinsiz Ateş Yakma Suçu suçu, Taksirle Orman Yakma Suçu ve Kasten Orman Yakma Suçu.

Bahse konu suçların faili herkes olabileceği gibi suçun mağduru da toplumu oluşturan herkeştir. Zira orman varlığının korunması insan yaşamının var olduğu ekosistem içerisinde denge ve düzenin sağlanmasında son derece önemlidir. Bu nedenle suç ile korunan hukuki değer ormanların korunması ve geliştirilmesi şeklinde ifade edilmesi mümkündür

3.13.1. Ormanda İzinsiz Ateş Yakma Suçu:

Orman Kanunu 110. maddesi 2. fıkrası gereğince kanunun 76. maddenin B, C ve D bentlerinde belirtilen fiilleri işleyenler hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis ve adlî para cezasına hükmolunur. Dolayısı ile Ormanda İzinsiz Ateş Yakma suçuna konu fiilin tespiti

ti hususunda 76. madde B-C ve D bentlerinin incelenmesi gerekir. Buna göre;

- Ormanlarda izin verilen ve ocak yeri olarak belirlenen yerler dışında ateş yakmak veya izin verilen yerlerde yakılan ateşi söndürmeden mahalli terk etmek,
- Ormanlara sönmemiş sigara veya yangına dolaylı olarak yol açabilecek madde atmak,
- Ormanlara dört kilometre mesafede veya bu Kanunun 31 inci ve 32 nci maddeleri kapsamına giren köyler hudutları içinde anız veya benzeri bitki örtüsü yakmak,

Seçimlik hareketlerinden birinin gerçekleşmesi halinde suç oluşur. Bu madde yönünden suçun soyut tehlike suçu olduğunu söylemek mümkündür. Dolayısı ile mutlaka yangın sonucunun ortaya çıkması gerekmez. Önemli olan kişinin seçimlik hareketleri gerçekleştirmiş olmasıdır.

Yine maddenin taksirle yangına sebebiyet verme suçundan ayrımı açısından belirtmek gerekir ki ormanda izinsiz ateş yakma suçu doğrudan dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı fiili esas kabul etmiştir. Kanun koyucu eylemin yangın sonucuna sebebiyet vermesini aramamış doğrudan dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışı suça konu eylem kabul etmiştir. Dolayısı ile bu suçta fiil başlıca dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı kasıtlı harekettir. Suç ancak kasten işlenebilir.

3.13.2. Taksirle Orman Yakma Suçu:

6831 sayılı Kanunun 110. maddesinin 3. fıkrası gereğince “**Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak orman yangınına sebebiyet verenler iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.**” Bahse konu suç bir zarar suçu olup suçun vuku bulması zararlı neticenin meydana gelmesi şartına tabidir. Zararlı bir netice meydana gelmemiş ise bu durumda Orman Kanunu 110. madde 2. fıkrasının değerlendirilmesi mümkün olabilir. Taksirle orman yakma suçunun teşebbüse elverişli olmadığı açık olup iştirak da mümkün değildir. Birden fazla kişinin orman yakma fiiline dahil olması ha-

linde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu madde 22/5 gereğince herkes kendi kusurundan sorumlu olacaktır.

Orman Kanunu 110. maddesinin 3. fıkrasının devamında suçun nitelikli hali düzenlenmiştir. Buna göre ancak failin yangının söndürülmesine ve etkilerinin azaltılmasına yönelik çabaları veya meydana gelen zararın azlığı göz önünde bulundurularak, verilecek ceza yarısına kadar indirilir. Zararın belirlenmesinde yangın sonucu tamamen yanan ağaç ve ağaççıkların değeri, kısmen yanan ağaç ve ağaççıkların değerinde meydana gelen azalma, alt tabaka orman örtüsünün yanması nedeniyle oluşan zarar ve toprağın humuslu tabakasının yanması nedeniyle meydana gelen verim kaybı dikkate alınır.

3.13.3. Kasten Orman Yakma Suçu:

6831 sayılı Kanunun 110. maddesinin 4. fıkrası gereğince; ***“Kasten orman yakan kişi, on yıldan az olmamak üzere hapis ve onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”*** Kasti bir eylem olması sebebi ile suçun teşebbüs aşamasında kalması mümkün olup suça iştirak mümkündür. Suçun nitelikli hali Orman Kanunu 110. maddesi 5. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre ***“Devletin güvenliğine karşı suç işlemek amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde devlet ormanlarını yakan kişi müebbet hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır”***

12.4.1991 tarih ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu madde 4/1-C’ye göre Orman Kanununun 110. maddesinin 4. ve 5. fıkralarında tanımlanan kasten orman yakma suçları, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu madde 1’de belirtilen amaçlar doğrultusunda suç işlemek üzere kurulmuş bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlendiği takdirde, terör suçu sayılacaktır.

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu madde 5 gereğince göre yukarıda anılan suçu işleyen kişi hakkında ilgili kanunlara göre tayin edilecek hapis cezaları veya adli para cezaları yarı oranında artırılarak hükmolunur. Bununla birlikte suçun, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması dolayısıyla ilgili maddesinde cezasının artırılması öngörülmüşse; sadece bu madde hükmüne göre cezada

artırım yapılacak ancak yapılacak artırım, cezanın üçte ikisinden az olmayacaktır.

Kasıtlı bir orman yakma eylemi yalnızca ağaçların ve yeşillik alanların yok olması anlamına gelmediği gibi başkaca can ve mal kayıplarına da sebebiyet de verebilir. Gerçekleşen yangın ile beraber insanlar ve büyükbaş, küçükbaş hayvanlar, kümes hayvanları ve yabani hayvanlar başta olmak üzere birçok canlı hayatını kaybetmekte; evler, ahırlar ve benzeri yerleşim yerleri kullanılamaz hale gelmektedir.

Böyle bir durumda kasıtlı olarak orman yakan kişi; Orman Kanunu düzenlemelerine göre orman yakma suçundan, fiili ile meydana gelen netice arasında nedensellik bağı bulunması halinde; hayatını kaybeden kişilere karşı kasten öldürme (nitelikli hal) suçundan, yaralanan kişilere karşı kasten yaralama suçlarından, taşınır veya taşınmaz malına zarar verdiği kişilere karşı mala zarar verme suçundan (orman hariç her türlü ağaç fidan bağ çubuğu; nitelikli hal) (Mala zarar verme suçunun işlenmesi sonucunda haberleşme, enerji ya da demiryolu veya havayolu ulaşımı alanında kamu hizmetinin geçici de olsa aksaması hâlinde, yukarıdaki fıkralar hükümlerine göre verilecek ceza yarısından iki katına kadar artırılır.) sorumlu olabilecektir. Bütün bu fiillerin Terörle Mücadele Kanununda tanımlanan haliyle bir terör örgütü faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde verilecek ceza artırılarak uygulanacak, TCK madde 220'ye göre suç örgütü faaliyeti kapsamında işlenmesi halinde ayrıca bu hükümlere göre cezalandırılabilir.

Bu noktada tartışılması gereken bir başka husus karşı ateş tekniği /kontrollü yangındır. Bu yol ile yayılmakta olan ateş bir hat üzerine indirilerek enerji tek alanda toplanır. Bu işlem ile rüzgara paralel bir emniyet yolu oluşturularak tutuşturma işlemi yapılır ve karşı ateş ile temas kurulduğunda ise yangın yavaşlar ve ateş alanının dağılması önlenir. Konusunda uzman kişilerce tekniğin uygulanması halinde başarı ihtimali yüksektir. Nitekim 285 sayılı tebliğnamede karşı ateş tekniğinden bahsedilmektedir. Bu durum Kanunda hukuka uygunluk sebebi olarak açıkça belirtilmiş olmasa da uygulamanın ülkemizde de yapıldığı bilinmektedir. Tebliğname ile düzenlenen bu tekniğin Kanunda hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmesi gerekmekte

olup bu durum idarenin sorumluluğu konusundaki tereddütü de ortadan kaldıracaktır.

3.13.3.1. 6831 Sayılı Orman Kanunu 110. Madde ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu 170-171 Maddelerinin Uygulama Alanı

Yangına sebebiyet verilen bölge, 6831 Sayılı Orman Kanunu kapsamında tanımlanan ‘orman’ ise genel kanun özel kanun ayırımına gidilmesi gerekir. Genel nitelikte olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 170-171. maddeleri değil, özel nitelikte olan 6831 sayılı Orman Kanunu ilgili hükmü uygulanmalıdır. Ancak yangın oluşumuna sebebiyet verilen alan orman alanı değil ise bu takdirde incelenmesi gereken 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 170-171 maddeleri olacaktır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 170-171 maddeleri topluma karşı suçlar başlığı altında genel tehlike yaratan suçlar bölümünde düzenlenmiştir. Aradaki fark 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 170. maddesi genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulmasını düzenlemişken madde 171’de genel güvenliğin taksirle tehlikeye sokulması düzenlenmiştir. Bilindiği üzere taksirin cezalandırılabilmesi o konuda bizzat gerçekleştirilmiş bir düzenlemenin varlığı ile mümkün olabilecektir.

TCK madde 170’de kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olacak biçimde ya da kişilerde korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda, yangın çıkaran kişilerin altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Aynı düzenlemenin ikinci fıkrasında yangın tehlikesine neden olan kişinin üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılacağı yer almıştır.

Korunan hukuki yarar o derece önemslenmiştir ki herhangi bir sonuç meydana gelmemiş olsa dahi salt tehlikeye sebebiyet vermiş olmanın cezalandırılacağı düzenlenmiştir. İki fıkra arasındaki fark şudur: birinci fıkrada cezalandırma yoluna gidilebilmesi için söz konusu yangının madde metninde sayılan biçimde ya da tarzda gerçekleştirilmiş yani somut tehlikenin doğmuş olması gerekli görülmüş iken ikinci fıkrada cezalandırma yoluna gidilebilmesi için herhangi bir şart aranmamış, tehlikeye neden olma yeterli görülmüştür.

TCK madde 171’de taksirle yangına neden olan kişinin fiilinin başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olması halinde üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Burada TCK madde 170/1 düzenlemesi gibi somut tehlike suçu düzenlemesine gidilmiş, fiilin yalnızca gerçekleşmiş olması yeterli görülmemiş başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olması şartı aranmıştır. Bu maddenin önemi, taksirli fiillerin de cezalandırılabilir olmasıdır.

Genel güvenliğin tehlikeye sokulması amacıyla kasten yangın çıkarılması fiili ile beraber çıkarılan yangında başkalarının yaşamları, vücut bütünlükleri veya malvarlıkları zarara uğrarsa bu kez anılan fiilin başkaca suçlara da vücut verdiği görülecektir. Şöyle ki, çıkarılan yangın ile beraber bir vatandaş hayatını kaybederse illiyet bağının varlığı durumunda kasten öldürme (TCK m. 81) suçundan, başkasının malı kısmen veya tamamen tahrip edilmiş, yok edilmiş, bozulmuş, kullanılamaz hale getirilmiş ise de mala zarar verme suçundan (TCK m.151) ayrıca sorumlu tutulabilecektir.

4. DİĞER DÜZENLEMELER

1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 169. maddesi uyarınca; yanan ormanların yerinde yeni orman yetiştirilir, bu yerlerde başka çeşit tarım ve hayvancılık yapılamaz. Orman yakmak amacıyla işlenen suçlar genel ve özel af kapsamına alınamazlar.

6831 sayılı Kanunun 17. maddesi uyarınca devlet ormanlarının herhangi bir şekilde yanması durumunda elde edilecek yerler ve bu yerlere yapılacak her türlü yapı ve tesisler, şahıslar adına tapuya tescil olunamaz. Kanunun 18. maddesi uyarınca ise devlet ormanlarında kanunda sayılan durumlar için Orman Genel Müdürlüğüne bedeli alınmak suretiyle 29 yılına tesis kurulmasına izin verilebilir. 29 yılın sonunda her türlü bina ve tesis Orman Genel Müdürlüğü tasarrufuna geçer ve Orman Genel Müdürlüğü ihtiyaçları doğrultusunda bu yerleri kullanabilir veya kiraya verebilir. Ancak yangın görmüş ormanlarda söz konusu faaliyetlerin hiçbirine izin verilemez. Kanunun 19. maddesi uyarınca kamu yararı gereklerine uygun olarak, orman idaresince belirlenen orman alanlarında; or-

man idaresince tespit edin usul ve esaslar çerçevesinden hayvan otlatılabilir ancak yine yangın görmüş ormanlar da hiçbir suretle hayvan otlatılamaz.

6831 sayılı Kanunda orman yangınları suçlarını ve cezalarını düzenlenmiş olmakla birlikte orman yangınına bildirim yükümlülüğü de düzenlenmiştir. Kanunun 68. maddesinde düzenlenen bildirim yükümlülüğü uyarınca; ormanların içinde veya yakınında ateş ve yangın belirtisi görenler bunu derhal orman idaresine veya en yakın muhtarlığa, jandarma dairelerine veya mülkiye amirlerine haber vermeye mecburdurlar. Bildirim yükümlülüğüne uygun hareket etmeyenler ise 104. madde uyarınca bin Türk Lirası idari para cezası ile cezalandırılırlar.

6831 sayılı Kanunun 69. maddesi uyarınca orman idaresi, orman yangınlarını önlemek ve söndürmek maksadıyla her türlü hizmeti yapar ve yaptırır. Orman yangınlarıyla mücadelede gönüllülerden de faydalanılır. Gönüllülerin yangına ulaşımı ile yangın söndürmeye yarayacak aletleri ve giyecekleri, Devlet ormanlarında orman idaresi, diğer ormanlarda ise sahipleri tarafından karşılanır. Yangına katılan personel ve gönüllülerin işe giderleri yangın söndürme faaliyetleri süresince orman idaresi tarafından karşılanır. Orman yangınlarını söndürmeye bilfiil katılmış olanların hayati veya bedensel kayıplarının olması durumunda 71. madde uyarınca tazminat ödenir.

5. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ORMAN YANGINI DÜZENLEMESİ

Son yıllarda globalleşmenin ivmelenmesiyle beraber orman alanlarının ve dolayısıyla canlı çeşitliliğini korumak maksadıyla çeşitli raporlar yayımlanmıştır. 1980’de yayınlanan, Dünya Stratejik Koruma Dokümanı (IUCN, 1980) sürdürülebilir bir gelişme için özel bir çaba gerektiğini vurgulamaktadır. İlgili raporda aşağıda yer alan başlıklar önemli kabul edilmiştir;

- Gerekli ekolojik yaşam süreçlerini devam ettirmek,
- Genetik biyo çeşitliliği korumak,

- Tür ve ekosistemlerin insanlar tarafından kullanımını sürdürülebilir şekilde yapmak şeklinde sıralanmıştır.

Türkiye gibi orman ülkelerinde orman alanları nasıl korunuyor sorusunu irdelenmek gerekirse Yunanistan, İtalya ve Fransa gibi orman dokusu yüksek ülkeleri değerlendirmek faydalı olacaktır.

5.1. Yunanistan

Toplam yüzölçümünün yaklaşık %25,4'ü ormanlık alanlarla kaplı olan Yunanistan'da orman zenginliği anlamında Avrupa'da 4. sırada yer almaktadır. Ülkede orman yangınlarının önlenmesi ve kontrolüne yönelik etkili sistemler araştırma düzeyinde incelenmiştir. Orman yangınlarının önlenmesi, aşağıdakiler gibi çeşitli eylemlere dayanmaktadır (Hatzistathis ve diğerleri, 1996'a, b). Orman yangınlarını önlemek için;

- Spesifik ormanın ekolojik karakterini analiz etmek
- Risk ve zararı azaltmak için o ormana en uygun orman kontrol metodunu seçmek
- Koruma altında olan bölgenin hâlihazırdaki alt yapısı
- Hızlı şekilde bilgi akışı sağlanabilecek ağlar kurulması
- İnsanları riskler hakkında bilinçlendirme çalışmaları yapmak hedeflenmiş

Bu amaçların tamamını hayata geçirebilmek için doğaya yakın, biyolojiyi ön plana alıp sosyoekonomik ve teknik altyapıyı da içeren bir kültür yaratmaya çalışılmaktadır.

Yunanistan'ın eylem planlamasında öncelikle genel olarak bir durum analizi, haritalama yapıp ardından toplum nezdinde bilgi ve farkındalık yaratılması hususunda çalışmalar yapılmaktadır.

Bu aşamada ilk olarak hükümetin, toplumu bilinçlendirmede önceliği, ormansızlaştırmanın sonuçlarından en çok etkilenecek olduğunu düşündüğü grup olan gençlere ve çiftçilere vermektedir. Eylem planında gençler ve çiftçilerin eğitiminin ardından diğer önlemler aşağıdaki gibi sıralanmıştır.

- Kamu sektörü ormanla ilgili yeni hizmetlere girişmeyecek
- Tüm projeler merkeziyetsizleştirilerek devlet ve belediyeler arasında delege edilecek
- Sosyal ve özel partiler de yürütmede yer alacak
- Tüm ilgili sosyal organizasyon ve agencyler (partiler) etkin olarak yasaların geliştirme ve uygulamasında katılım sağlayabilecek
- Ulusal komite tüm efor ve süreci koordine edecek ve devlete karşı danışman rolünde olacak.

Tüm bu programlamanın yapılması hususunda olası finansman kaynaklarına ihtiyaç bulunmaktadır.

- Devlet bütçesi
- AB finansmanı
- Alınacak tedbirlerden yararlanan sosyal gruplardan katkılar
- Özel katkılar olarak sayılmıştır.

Yunanistan, INTEREG programı aracılığıyla AB finansmanı sağlamak için diğer AB Akdeniz ülkeleriyle iş birliği yapmaktadır. Yunanistan Ulusal Programı veya bir bölümü, çölleşmeye karşı ortak bir Akdeniz Eylem Programının parçası olmayı hedef olarak koymuş, Afrika ve Orta Doğu ülkelerine iş birliği yapmayı ve yardım sağlamayı amaçlamıştır.

Genel itibariyle incelendiğinde ülkede devlet dışı ormancılık alanındaki yatırımların düzeyi çok düşüktür. Devlet dışı ormancılık faaliyetleri her türlü ormancılık işlerinin yürütülmesi için yapılan harcamalar, orman sahiplerinden gelen sermaye ve ulusal ve topluluk kaynaklarından sağlanan sübvansiyonlarla karşılanmaktadır. Devlet, çeşitli ormancılık işleri için devlet dışı ormancılıkta ödenen harcamaların yaklaşık %60'ını sübvansiyonla karşılamaktadır.

5.1.1. Hukuki Düzenlemeler

Yunanistan'da ormanların korunması ve yönetilmesi ile özel ormanların denetlenmesi ve kontrol altında tutulmasının ana organı

Orman Hizmetleri'dir. Bu organ, Orman ve Doğal Çevre Genel Sekreterliği (GSF&NE) adı altında faaliyet gösterir ve Tarım Bakanlığı'nın ayrılmaz bir parçasını oluşturur. GSF&NE, Merkezi Servis ve Bölgesel Servislerden oluşur. GSF&NE'nin tüm idari yapısının denetim aracı olan Merkezi Servis, 6 Müdürlükten oluşmaktadır. Bunlar,

- Orman politikasını formüle etmekten,
- Uzun vadeli orman geliştirme programları hazırlamaktan,
- Ormanların yönetiminde bilimsel ve teknolojik gelişmeyi izlemekten,
- Araştırma programlarını denetlemekten ve güçlendirmekten,
- Ülkenin AB, üçüncü ülkeler ve uluslararası örgütlerle iş birliğini teşvik etmekten, sorumludur.

Ormanlık alanlar, 2158/1992, 2080/1992, 867/1990, 1973/1992 ve 3528/1986 sayılı AET düzenlemelerinden yararlanılarak oluşturulmuştur. 2080/1992, 867/1990 Yönetmeliklerinin aynı faaliyetleri AB'nin yeni 1257/99 Yönetmeliğine dahil edilmiştir.

- 1975 Anayasası, 86/1969, 998/1979 ve 1650/1986 sayılı Kanunlar, ülkenin orman ve diğer ağaçlık alanların korunması ve yönetimine ilişkin temel yasal çerçevesini oluşturmaktadır.
- 4173/1929 sayılı Kanun. Bu kanun ülkenin Orman Kanunu'nu teşkil eder ve orman arazilerinin korunması, yönetimi, aynı mülkiyet hakları, vergilendirme, devlet ve şahıs ormanlarının işletilmesi, orman ıslah çalışmaları vb. hususları düzenler.
- 998/1979 sayılı Ülkenin Ormanlarının ve Diğer Ağaçlık Alanların Korunmasına İlişkin Kanun, ülkenin orman ve diğer ormanlık alanlarının bakımı, geliştirilmesi ve iyileştirilmesi için özel koruma önlemlerini belirler.
- 1650/1986 sayılı Çevrenin Korunmasına Dair Kanun, yeni korunan alan kategorileri öneren ve korunan alanların idaresi ve

yönetiminde değişiklikler getiren “Doğa ve Peyzajın Korunması Üzerine” özel bir bölüm içermektedir.

Table 2: Preventive measures to combat desertification

	Economic Developmental Technological	Demographic Social Educational	Legal Institutional	Infrastructure	Research and Development
Short-term	Change of the local economy—Encouragement of complementary economic activities Selected tax incentives Promotion of environmental-friendly technology and practices	Training and education Public information campaigns Services for technological support	Harmonisation of the national legislation with the EU Agro-Environmental and Water Policies Partial co-ordination of legislation Partial co-ordination of the responsible agencies	Improvement in access. Improvement of existing social and health services	Specialised studies of sensitive areas Carrying capacity studies
Medium-term	Incentives for new jobs Change of the local economy—Encouragement of complementary economic activities Capital subsidies for environmentally friendly land uses	Incentives for population decentralisation Educational programmes General and environmental educational/ information campaigns Services for technological support	Special legislation (special EIAs) General environmental legislation (Strategic Impact Assessment) Control for land speculation Co-ordination of legislation Co-ordination of the responsible agencies Co-ordinated implementation	Infrastructure for better access and various other services Establishment of social and health services in remote areas (islands included) Provision of social infrastructure	New technology for agriculture, transportation, and communications) Carrying capacity studies
Long-term	Incentives for new jobs Change of the local economy—Encouragement of complementary economic activities Planning (spatial, water resources, etc.) Capital subsidies for environmentally friendly land uses	Measures for keeping population Educational programmes	Integrated spatial planning and regulations Strategic Impact Assessment Control for land speculation Co-ordination of legislation Co-ordination of the responsible agencies Co-ordinated implementation	Infrastructure for better access and various other services Provision of social infrastructure	Application of new technology

	Ekonomik Teknolojik Gelişim	Demografik Toplumsal Eğitici	Yasal Kurumsal	Altyapı	Araştırma ve Geliştirme
Kısa Vadeli	-Yerel ekonominin değişimi -Tamamlayıcı ekonomik faaliyetlerin teşvik edilmesi -Seçilmiş vergi teşvikleri -Çevre dostu teknoloji ve uygulamaların teşviki	-Eğitim ve Öğretim -Halka bilgilendirme kampanyaları Teknolojik destek hizmetleri	-Ulusal mevzuatın Avrupa birliğinin tarımsal çevre ve su politikalarının uyuma hale getirilmesi -Mevzuatın kısa vadeli koordinasyonu -Sorumlu kurumların kısmi koordinasyonu	Erişimde iyileştirme Mevcut sosyal ve sağlık hizmetlerinin iyileştirilmesi	Hassas alanlarda özel çalışmalar Uygulamalı tatbikat eğitimi
Orta-Uzun Vadeli	-Yeni işler için teşvikler Yerel ekonominin değişimi -Tamamlayıcı ekonomik faaliyetlerin teşvik edilmesi -Çevre dostu arazi kullanımları için sermaye sübvansiyonları	Nüfusun yönetimi için önlemler Eğitim programları Genel ve çevresel eğitim kampanyaları Teknolojik destek servisi	-Özel mevzuat -Genel çevre mevzuatı (stratejik etki değerlendirilmesi) -Kuraklaşmanın kontrolü -Özel mevzuatın düzenlenmesi -Sorumlu kurumların düzenlenmesi -Uygulamaların tatbiki	Daha iyi erişim için altyapı ve diğer hizmetler Uzak bölgelerde sosyal ve sağlık hizmetlerinin sağlanması	Tarım ulaşım ve iletişim için yeni teknolojiler Uygulamalı tatbikat eğitimi
Uzun vadeli	-Yeni işler için teşviklerle yerel ekonominin değişimi -Tamamlayıcı ekonomik faaliyetlerin teşvik edilmesi -Planlama (su kaynaklar vb) -Çevre dostu arazi kullanımları için sermaye sübvansiyonları	Nüfus tutmak için alınacak önlemler Eğitim programları	-Entegre mekânsal planlama ve düzenlemeler -Stratejik etki değerlendirilmesi -Kuraklaşmanın kontrol altına alınması -Mevzuatın düzenlenmesi -Sorumlu kurumların koordinasyonu -Uygulamaların tatbiki	Daha iyi erişim için altyapı ve diğer hizmetler çeşitli hizmetlerin sağlanması (adalar dahil) Sosyal altyapının sağlanması	Yeni teknolojik uygulamalar

5.2. Fransa

Güney’de Akdeniz, kuzeyde Kuzey Denizi ve Manş Denizi arasında yer alan Fransa, CIA WORLD FACTBOOK 2011’de açıkladığı veriler ışığında ülke topraklarının yaklaşık %36.76’sını ormanlık alanlar oluşturmaktadır.

Fransa’nın orman hassasiyeti noktasında hem tarihsel hem günümüz antlaşmalar çerçevesinde ayrı bir yeri ve duyarlılığı olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. 2015 yılında gerçekleştirilen Birleş-

miş Milletler İklim Konferansı'nda imzalanan Paris İklim Anlaşma-sına ev sahipliği yapan Fransa, Anlaşmanın imzalanmasıyla tropikal ormanların korunmasının önde gelen savunucularından biri haline gelmiştir. Ormansızlaşmayla Mücadele Ulusal Stratejisinin (SNDI) oluşturulmasını içeren bu anlaşmayla Fransa Dünya stratejilerinde etkin rol oynamaya başlamıştır.

1975'te Finlandiya'nın başkenti Helsinki'de, Avrupa'da doğu ile batı arasında barış ve istikrarı sağlamayı amaç edinen Avrupa gü-venlik ve iş birliği Konferansı'nın sonucunda temel bir diplomatik anlaşma imzalanmıştır. Anlaşma 4 bölüme ayrılmış 2. bölümün-de ekonomi, bilim, teknoloji ve çevre alanlarında iş birliği öngörül-mektedir.

Fransa, Helsinki sürecine güçlü bir şekilde dahil olmuştur ve sür-dürülebilir orman yönetimi için kriterler ve göstergelere ilişkin Av-rupa programına dayalı olarak Fransız ulusal orman programı için on yıllık bir kılavuz geliştirmiştir. Ayrıca 2011 yılında 2,8 milyon hektar orman Natura 2000 alanı olarak kabul edilmiştir.

5.2.1. Ulusal Ormancılık Fonu

1946 yılında kurulan ve II Dünya Savaşı'nın bitiminden sonra 2000 yılına kadar terkedilmiş tarım arazilerinde yeniden ağaçlan-dırmayı doğrudan desteklemeyi amaçlayan Ulusal Ormancılık Fonu (FFN) kurulmuştur. FFN'in kurulmasıyla ülkede bitki örtüsünü top-rak verimini arttırma noktasında yarar sağlanmıştır. Bu fonla iğne yapraklı ağaçların ekimleri baskın hale geldiğinden, bunun Fransız ormancılığı üzerinde güçlü bir etkisi olmuştur fakat biyoçeşitlilik ve peyzaj üzerindeki etkisi ciddi olduğundan belirli tür kompozisyonla-rına sahip birçok özel orman alanı ortadan kalkmıştır.

FFN'in şu anki görevleri:

- Kamu ormanlarının yönetimi (Devlete, yerel yönetimlere ve kamu kurumlarına ait)
- Ahşap üretimi
- Ziyaretçileri karşılama

- Orman, doğal habitatlar ve bölgelerde (tepeleri, çığ koridorlar, erozyon eğilimli arazi, vs.) Koruma
- Orman Polisliği olarak sıranabilir.

Fransa, ulusal ormancılık politikasında kapsamlı bir reform gerçekleştirmiştir. Aralık 1998’de yayınlanan Ormanlar: Fransa İçin Bir Fırsat (La forêt: une Chance pour la France) raporunun tavsiyeleri doğrultusunda, ormancılık politikası yasası Haziran 2001’de kabul edilerek yürürlüğe girmiştir.

5.2.2. Orman Kanunu

2013 yılında yürürlüğe giren Orman Kanununun amacı, orman politikasının genel yönelimlerini ve bunun sonucunda ortaya çıkan düzenlemelerin yanı sıra, uygulanmasından sorumlu kurumların rolünü ortaya koymaktır. Bu kanun 3 kitaptan oluşmaktadır.

Kanunu İlk kitabı genel açıklamalar içermektedir:

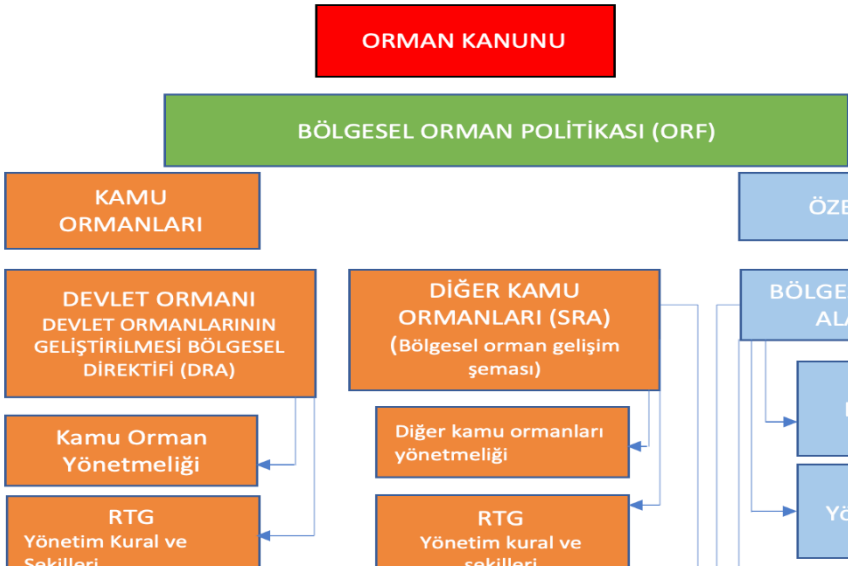
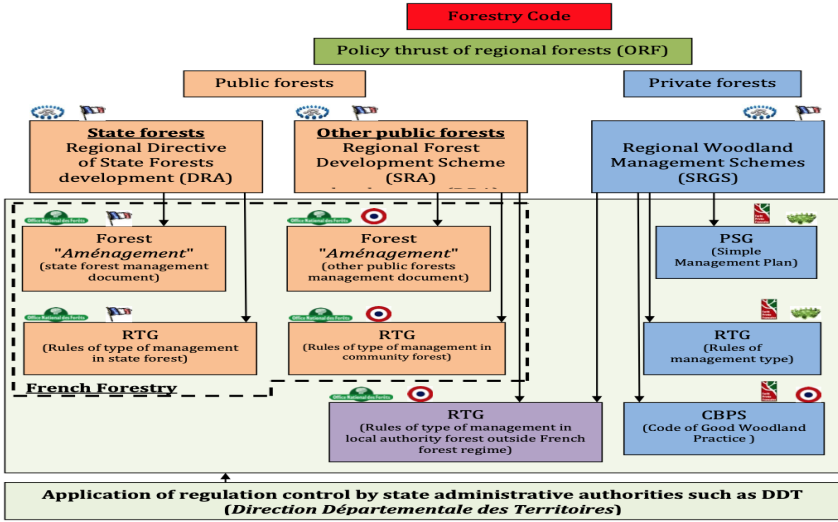
- Ormancılık sektöründeki kurumlar, yetki ve görevleri.
- Orman politikaları, sürdürülebilir yönetim ve bunun sonucunda ortaya çıkan düzenlemeler.
- Ormanların yangına karşı savunması ve ilgili yönetmelikler.
- Orman koruma ve bununla ilgili düzenlemeler.
- Orman gelişimi.
- Cezai hükümler.

Kanunu İkinci kitap, “régime forestier” (Cf 3.1.2) kapsamındaki ormanlara odaklanmaktadır:

- Office National des Forêts veya ONF’nin (Ulusal Ormancılık Ofisi) faaliyetleri, sorumluluğu ve yetkileri.
- Ortak haklar.
- Orman grupları.
- Orman sahibi komünlerin faaliyetlerinin finansmanı.Cezai hükümler.

Kanunun Üçüncü kitabı tüm özel ormanlara odaklanmaktadır:

- Ormancılık sektöründeki kuruluşlar ve bunların yetki ve görevleri.
- Orman yönetimi.
- Mülkiyet konsolidasyonu koşulları ve bunların yönetimi.



5.3. İtalya

4 Ağustos 1985 tarihli yasa, n. 431 (Giuseppe Galasso'nun savunucusu tarafından Galasso yasası olarak bilinir), 1985 İtalyan Cumhuriyeti'nin bir yasasıdır ve düzenleyici düzeyde peyzaj ve çevresel varlıklara bir dizi koruma getirmiştir.⁵

Kanun, İtalya Cumhuriyeti'nin doğumundan sonra çıkarılan ilk kanundur.⁶ Daha sonra, Galasso yasası 2004 kültürel miras ve peyzaj yasasına entegre edilmiştir.

Kanun, natüralist güzellikleri kendilerine has özelliklerine göre sınıflandırmak ve onları morfolojik sınıflara ayırmakla ilgilenir.

İtalya Orman kanunu 11 Mayıs 2018'de belli değişikliklere uğramıştır. Buna göre; *"İtalya'da geçtiğimiz senelerde çok tartışmalı bir orman kanunu çıkmıştır. İtalya'da yeni bir Orman Yasası bulunmaktadır. İtalyan hükümeti geçtiğimiz günlerde bu yeni tartışmalı yasayı onaylamıştır. Araştırmacılar, yeni Orman Yasasının İtalyan ormanlarına zarar vermek için yasal bir yol oluşturmamasından endişe duymaktadır. Bu, İtalyan korunan alanlar ağında ciddi bir hasara neden olabilir. Öte yandan İtalyan Ormancılık Derneği, yeni Orman Kanununun ormanların korunmasına yönelik büyük bir adım olduğunu savunarak yasayı memnuniyetle karşılamaktadır"*⁷

Temmuz ayının son haftasında İtalya'da da 800 yangın çıkmıştır. Türkiye'den sonra yangınlardan en fazla etkilenen ülke İtalya olmuştur. En güneydeki Sicilya Adası'nda yaklaşık bir haftadır süren yangınlar henüz kontrol altına alınabilmiş değildir. Ada'daki Palermo kentinde alevlerin yerleşim yerlerine ulaşmasıyla bazı köyler tahliye edilmiştir. Catania'da da sahillerdeki 200 turist güvenli noktalara götürülmüştür.

Başbakan Mario Draghi önceki gün bölge için **'ulusal acil durum'** ilan edilmiştir. Akdeniz'deki bir başka İtalyan adası Sardinia'da

5 Addio a Giuseppe Galasso, sua la prima legge sull'ambiente, su adnkronos.com. URL consultato il 4 dicembre 2019.

6 ^ Legge Galasso in disuso per l'italiano avvezzo all'abuso!, su velavevodetto.altervista.org. URL consultato il 4 dicembre 2019.

7 <https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2018-05-11/italy-new-consolidated-forestry-and-forest-supply-chain-law-takes-effect/>

da yangınlar etkili olurken en az 350 kişi bölgeden tahliye edilmiştir. Roma yönetimi buradaki alevlerle mücadele için Avrupa Birliği'nden uçak talep edilmiştir. Ada'da 20 bin hektar alanın yandığı hesaplanmıştır.

Çoğunluğu ülkenin güneyinde olmak üzere hafta sonu 800'den fazla yangın rapor edilmiştir. İtfaiye teşkilatı, ***“Son 24 saatte 250’si Sicilya ve 130’u Puglia’da olmak üzere 800’den fazla yere müdahale ettik”*** açıklaması yapılmıştır.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Bu çalışmada 6831 sayılı Orman Kanunundaki suçlar ve bu suçların cezaları incelenmiş olup ayrıca Türk Ceza Kanunu ve Terörle Mücadele kanunu bakımından orman yangını suçu detaylıca ele alınıp karşılaştırmalı hukukta orman yangınıyla mücadelenin nasıl olduğu araştırılmıştır.

- Orman Suçlarının ve özellikle orman yangınlarının önüne geçilebilmesi için;

Orman mevzuatı ve Orman Suçlarının Hukuk Fakültelerinde ve Adalet Akademisi'nde zorunlu ders olarak müfredata girmesi,

Orman Kolluk Birimi'nin yeniden yapılandırılması,

Kolluk kuvvetlerinin özel eğitim görmesi,

Kolluk kuvvetlerinin araç gereçlerinin yenilenmesi,

Orman kolluğunun gözetim ve doğrudan geçici tutuklama yapma hakkı ile donatılması,

Devriye birimlerinin kurulması ve görevi sadece devriyeye çıkmak ve ormanı gözlemlemek olan özel eğitimli personel yetiştirilmesi, bu personel ile orman kolluğu arasında irtibatın sağlanması,

Cezaların arttırılması, orman suçlarının ertelenmemesi, paraya çevrilmemesi, HAGB uygulanmasına konu edilememesi, olası infaz kolaylıklarına konu edilmemesi,

Orman suçu failinin malvarlığına el koyulması, el koymaya konu malvarlığının toprak ıslah çalışmalarını aktarımı,

Benzin, etenol ve yanıcı parlayıcı maddelerin üretim ve satışının etkin şekilde denetlenmesi, her ürünün barkoda bağlanması ve etkin şekilde stok denetiminin sağlanması, kurallara uymayanlara verilecek cezaların artırımı,

Ormanların kamera ve fotokapan ile izlenmesi, kayıtların uzun süre evanterde saklanması,

Orman ve ormanlık alanlarda mangal ve ateş yakmanın tamamen yasaklanması,

Önlemlerinin alınması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Addio a Giuseppe Galasso, sua la prima legge sull’ambiente su adnkronos.com. (tarih yok).
- BAYINDIR, S. (2016). Orman Suçları. İstanbul: Legal.
- ELVAN, D. (2005). Ağaç Kesme Suçunun Orman Kanunu Açısından İncelenmesi. İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi A 55 Cilt Sayı 1.
- GÜNEŞ, Y. (2004). Orman Suçlarının Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi. İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Seri A 54. Cilt Sayı 1.
- Legge Galasso in disuso per l’italiano all’abuso!, su velavevodetto. altervisita.org. (tarih yok).
- MERCİMEK, A. (2019). Kastamonu Orman Müdürlüğünde Orman Suçlarında Toplum Bilinci ve Hukukun Etkinliği.
- ÖZDÖNMEZ, M. (1973). Orman Suçları İle İlgili Af Kanunları Ve Sonuçları. İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi 23. Cilt 2. Sayı Seri-B.
- TOPRAK, M. (2021 4. Baskı). Açıklamalı-İçtihatlı Orman Suçları. Ankara: Adalet.
- <http://www.fao.org/3/XII/0489-B1.html>.
- <https://efi.int/sites/default/files/files/publication-bank/projects/france.pdf>.
- <https://europeangreens.eu/content/protection-greek-forests-0>.
- <https://knowlededge.unccd.int/sites/default/files/naps/greece-eng2001.pdf>.
- https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-319-20110-8_10.
- <https://news.mongabay.com/2020/12/frances-tropical-forest-conservation-efforts-an-interview-with-afds-gilles-kleits>.
- <https://unece.org/fileadmin/DAM/timber/docs/tc-58/efc-reports/greece.pdf>.
- https://www.researchgate.net/publication/324034455_Implementation_of_Forest_policy_in_Greece_in_Relation_to_Biodiversity_and_Climate_Change.
- <https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2018-05-11/italy-new-consolidated-forestry-and-forest-supply-chain-law-takes-effect>.

Suç ve Ceza Dergisi Yayın İlkeleri

Suç ve Ceza Dergisi, Türk Ceza Hukuku Derneği tarafından (TCHD) üç ayda bir yayımlanan hakemli bir dergidir.

Dergi'de yayımlanabilecek yazılar, hukuk alanını ilgilendiren içerikte her türlü makale, karar incelemesi ve kitap incelemesi ile çevirilerdir. Yazıların dili Türkçe'dir. Ancak yabancı dilde yazılan yazılar Yayın Kurulu'nun onayı ile Suç ve Ceza Dergisi'nde, en çok 200 kelimeden oluşan Türkçe yazılmış özeti ile birlikte, yayımlanabilir.

Dergi'de yayımlanmak üzere gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Bu hüküm yurtdışında Türkçe'den başka dilde yayımlanmış yazıların tercümeleri için uygulanmaz.

Dergi'de yayımlanmak üzere gönderilen yazılar bir İngilizce bir de Türkçe yazılmış ve her biri 200 kelimeyi aşmayan özet (abstract) ve ayrıca en az 5 adet anahtar kelime içermek zorundadır.

Yazılar Microsoft Word (Microsoft Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında (.doc veya.docx dosya uzantılı olarak) yazılmış olmalıdır.

Yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun olarak, bir bütün halinde 10 sayfadan az olmayacak şekilde kaleme alınmış olmalıdır:

Kağıt boyutu: A4

Üst: 2,5 cm; **Alt:** 2,5 cm; **Sol:** 2 cm; **Sağ:** 2 cm

Metin: Times New Roman, 12 punto, 1.5 satır aralığı, iki yana yaslı

Dipnotlar: Sayfa altında, Calibri, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı

Dipnotların şu şekilde olması zorunludur:

Kitap için: Yazar soyadı ve adı, eserin adı (italik), eserin yayın yeri ve yılı, sayfa numarası

Makale için: Yazar soyadı ve adı, makale adı (italik), derginin adı, cilt, sayı, yıl, sayfa numarası (s.)

İnternet sitelerine yapılan atıflarda sitenin tam adına yer verilmesi ve siteye son erişim tarihinin parantez içinde yer alması gerekmektedir.

Yazının sonunda “Kaynakça” bölümü bulunmalı ve makalede atıf yapılan eserlerin listesine atıf yapılan yazarın soyadına göre alfabetik sırayla yer verilmelidir.

Yayın Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayım ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.

Makalenin hakemli olarak yayımlanması talep edilirse, Yayın Kurulu tarafından ilk değerlendirmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olduğu saptanan bu yazılar, hakem incelemesine gönderilir. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan en kısa sürede haberdar edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterlidir. Hakem incelemesinden geçen yazı “Hakemli” ibaresi eklenerek yayımlanır.

Hakemli yayımlanması talep edilmeyen yazıların hakem incelemesinden geçmesi zorunlu değildir.

Yayımlanmak üzere kabul edilen yazıların basılı ve elektronik tüm yayın hakları Türk Ceza Hukuku Derneği’ne aittir. Yazılar Türk Ceza Hukuku Derneği’nin www.tchd.org.tr adresinde dijital ortamda yayımlanacaktır ve yazar sayısı kadar dergi basımı yapılacaktır. Yazara bir adet dergi gönderilecektir. Yazar kendisine bir telif ücreti ödenmeyeceğini ve bu yazıdan doğan tüm maddi haklarını Türk Ceza Hukuku Derneği’ne devrettiğini kabul etmiştir.

Suç ve Ceza Dergisi’nin Mart sayısı için son yazı kabul tarihi 1 Şubat; Haziran sayısı için son yazı kabul tarihi ise 1 Mayıs; Eylül sayısı için son yazı kabul tarihi 1 Ağustos; Aralık sayısı için son yazı kabul tarihi ise 1 Kasım olarak belirlenmiştir. Bu tarihlerden sonra gönderilecek yazılar, takip eden sayı için yayın değerlendirme listesine alınacaktır.

Suç ve Ceza Dergisi’nde yayımlanması istenen yazıların, konu kısmına “Suç ve Ceza Dergisi – Makale” yazılmak suretiyle aşağıdaki e-posta adresine yazara ait ORCID numarası ile birlikte gönderilmesi gerekmektedir:

bilgi@tchd.org.tr