

# SUÇ VE CEZA

CEZA HUKUKU DERGİSİ

HAKEMLİ VE BİLİMSEL BİR DERGİDİR.

TEMMUZ  
AĞUSTOS  
EYLÜL  
2018

**SAYI**

**3**

**TCİHD**

TÜRK  
CEZA HUKUKU  
DERNEĞİ  
TARAFINDAN  
ÜÇ AYDA BİR  
YAYIMLANIR.

**SUÇ VE CEZA**  
**CRIMEN E POENA**

**CEZA HUKUKU DERGİSİ**  
ISSN: 1308-0474

**Sahibi**

**Türk Ceza Hukuku Derneği İktisadi İşletmesi adına**  
Av. Mehmet İpek (İstanbul Barosu, mehmet@ipekakin.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. 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 Kaya (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. Ayşe Nuhoglu (Bahçeşehir Üniversitesi)  
Doç. Dr. Güçlü Akyürek (MEF Üniversitesi)  
Doç. Dr. Hasan Sınar (Altınbaş Üniversitesi)  
Dr. Sinan Altunç (Bahçeşehir Üniversitesi)  
Dr. Asuman Aytekin İnceoğlu (İstanbul Bilgi Üniversitesi)  
Dr. Barış Erman (Yeditepe Üniversitesi)  
Dr. Mualla Buket Soygüt Arslan (İstanbul Bilgi 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**

Birlik Fotokopi Baskı Ozalit Gıda San. Tic. Ltd. Şti.  
Nispetiye Mah. Birlik Sokak No: 2  
Nevin Arıcan Plaza 1. Levent/Beşiktaş/İST.  
Tel: (0212) 269 30 00 (Sertifika No. 20179)

**Basım Tarihi**

Ekim 2018

## **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 yaşındadır. 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.

Suç ve Ceza



---

# İçindekiler

---

## Hakemli Makaleler

- AİHM İMRET-TÜRKİYE 1  
(2) KARARI İŞİĞİNDA  
YASALLIK İLKESİ  
*THE PRINCIPLE OF LEGALITY  
IN THE CONSIDERATION OF  
ECHR'S İMRET – TURKEY CASE* Doç. Dr. Güçlü AKYÜREK
- HAKSIZLIK HATASININ 17  
SUÇ GENEL TEORİSİNDEKİ  
YERİ VE İÇERİĞİ  
*MISTAKE OF İNJUSTICE  
AND İT'S PLACE AND CONTENT  
IN GENERAL THEORY OF CRIME* M. Sefa Çetin
- YENİ REJİMDE CUMHURBAŞKANINA 43  
HAKARET SUÇUNA YÖNELİK  
ELEŞTİREL BİR İNCELEME  
*A CRITICAL ANALYSIS  
TO OFFENCE OF İNSULTING  
THE PRESIDENT  
IN THE NEW REGIME* Özge Demir
- SPOR FAALİYETLERİ SIRASINDA 81  
İŞLENEN KASTEN YARALAMA SUÇU  
*THE CRIME OF İNTENTIONAL  
İNJURY DURING SPORT ACTIVITIES* Gürkan Özocak
- DELİL YASAHLARI 115  
*EVIDENCE BANS* Hande Seven

## Hakemsiz Makaleler

- SALDIRAN SAVUNMAYI AKLAMAK 145  
*ACQUITTING THE ATTACKING DEFENCE* Can Hakan
- ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI 163  
SUÇUNDA ÇOCUK VE  
CİNSEL İSTİSMAR KAVRAHLARI  
*THE TERMS OF CHILD AND SEXUAL  
ABUSE IN THE CRIME OF SEXUAL  
ABUSE OF CHILDREN* Senem Renk Gürgen

HAYVAN HAKLARI KAVRAMININ **179**  
ULUSLARARASI KURALLAR VE  
ÇEŞİTLİ ÜLKELERDEKİ ULUSAL  
DÜZENLEMELER IŞIĞINDA  
İNCELENMESİ

ANALYZING THE TERM OF ANIMAL  
RIGHTS IN CONSIDERATION  
OF INTERNATIONAL NORMS  
AND DOMESTIC NORMS  
OF VARIOUS COUNTRIES

İdil Zeynep Yağlıca

## **Çeviri**

AVRUPA İNSAN HAKLARI **191**  
MAHKEMESİ'NİN MARİYA ALEKHİNA  
VE DİĞERLERİ V. RUSYA KARARININ  
ÖZET ÇEVİRİSİ

Serde ATALAY

---

## AİHM İMRET-TÜRKİYE (2) KARARI IŞIĞINDA YASALLIK İLKESİ

---

**Doç. Dr. Güçlü AKYÜREK\*\***

---

### ÖZET

AİHM, tarafından Türkiye aleyhine verilen İmret (2) kararında TCK m.220/7'nin AİHS m.11/2 bakımından "yasa" ölçütünü karşılamadığı dile getirilmiştir. Bu çalışmada öncelikle söz konusu ihlal kararı açıklanmış ve daha sonra da Ceza Hukuku çerçevesinde yasallık ilkesi ile kararın Türk Hukuku bakımından etkileri incelenmiştir. Yasallık ilkesinin kusur ilkesi ile bağlantısı vurgulanarak artık TCK m.220/7'nin nasıl yorumlanıp uygulanması gerektiğine yönelik açıklamalarda bulunulmuştur.

**Anahtar Sözcükler:** Yasallık İlkesi, Kusur İlkesi, Öngörülebilirlik, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı, AİHM

---

\* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 14/08/2018. İlk hakem raporu tarihi: 13/09/2018. İkinci hakem raporu tarihi: 16/09/2018.

\*\* MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Öğretim Üyesi, [akyurekg@mef.edu.tr](mailto:akyurekg@mef.edu.tr), yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-5835-793X.

## THE PRINCIPLE OF LEGALITY IN THE CONSIDERATION OF ECHR'S İMRET – TURKEY CASE

### ABSTRACT

ECHR has decided in the case of İmret v. Turkey (2) that Article 220 par. 7 of the TPC does not correspond to the expression “prescribed by law” required by the Article 11 par.2 of the European Convention on Human Rights. This study explains at first this judgment finding violation and then analyses the principle of legality within the scope of criminal law and effects of this judgment concerning Turkish Law. After emphasizing relation between the principle of legality and the principle of fault, it explains how Article 220 par. 7 should be interpreted and applied.

**Keywords:** Principle of Legality, Principle of Fault, Foreseeability, Right to Assembly and Demonstration, ECHR

### I. GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AIHM), 10 Temmuz 2018 tarihinde verdiği İmret-Türkiye (2) kararı ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 220.maddesinin 7.fıkrasının, Mahkemenin belirlediği ilkeler çerçevesinde “öngörülebilir” olmadığını söylemiştir. Dolayısıyla Türkiye'nin de tarafı olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde korunan temel hak ve özgürlükleri kısıtlamak için gerekli koşullardan biri olan “yasallık” ilkesini ihlal ettiğine karar vermiştir.

Aşağıda ayrıntılı biçimde açıklanan söz konusu karar, gerek AIHM kararlarının iç hukuktaki yeri, gerekse adı geçen yasa hükmünün uygulanabilirliği açısından çok büyük önem taşımaktadır. Ayrıca başvurunun içeriği ve ihlalin gerekçesi dikkate alındığında toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı bakımından da önemli saptamalar içeren bir karar niteliği taşımaktadır.

Karara konu yasa maddesinin başlığı “Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurmak” olup ilgili 7.fıkranın, karara konu iç hukuk yargılaması yapıldığı sıradaki metni şöyledir: “Örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dabil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişi, örgüt



*üyesi olarak cezalandırılır*". Örgüte üyelik ise aynı maddenin ikinci fıkrasında cezalandırılmaktadır. Öte yandan 2 Temmuz 2012 tarih ve 6352 sayılı yasanın 85.maddesiyle fıkraya yeni bir cümle eklenmiştir: "*Örgüt üyeliğinden dolayı verilecek ceza, yapılan yardımın niteliğine göre üçte birine karar indirilebilir*". Böylece mahkemenin takdirine bağlı bir indirim nedeni getirilmiş ve madde gerekçesinde bu değişiklik, "ceza adaleti" ile açıklanmıştır. Nitekim somut olayda da görevli mahkeme, başvuru üzerine cezayı indirmiştir.

Diğer yandan, "Silahlı Örgüt" başlıklı 314.maddenin 3.fıkrası da 220. maddeye genel bir gönderme yaparak "*Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin diğer hükümler, bu suç açısından aynen uygulanır*" hükmünü getirmektedir.

## II. OLAYLARIN GELİŞİMİ

Başvurucu Abdülcelil İmret, yargılama sırasında Batman'da yaşamaktadır. Önce Demokratik Halk Partisi (DEHAP), daha sonra da Demokratik Toplum Partisi (DTP) Batman il başkanı olmuştur. Batman Cumhuriyet Başsavcılığı, 2005-2006 yıllarında kendisi hakkında yasadışı gösterilere katıldığı iddiasıyla dört farklı soruşturma başlatmış, her türlü şiddete karşı olduğu, toplumsal olaylar çıkmaması açısından gösterilere katıldığı, hiçbir suç işlemediği ve iddia edildiğinin tersine PKK emriyle hareket etmediği savunmasını yapmıştır.

23 Mart 2006 tarihinde tutuklanmış, dosyası da bir gün sonra Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmiştir. 26 Nisan 2006'da başvuru hakkında, yasadışı örgüt propagandası suçundan (TCK m.220/8) Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesinde kamu davası açılmıştır. 18 Temmuz 2006 tarihli ikinci duruşmada esas hakkında mütalaasını veren Savcı, başvurusunun 2005-2006 sürecinde, çok sayıda yasadışı gösteriye katılıp PKK ve liderini öven konuşmalar yaptığını belirtip, bu eylemlerin örgüte bilerek ve isteyerek yardım etme niteliği taşıdığı gerekçesiyle, sanığın TCK m.220/7 ve m.314/2 çerçevesinde cezalandırılmasını istemiştir. Ağır Ceza Mahkemesi de 26 Eylül 2006 tarihli duruşmada başvurusunu, silahlı örgüte bilerek ve isteyerek yardım ettiği gerekçesiyle TCK m.220/7, m.314/2 ve m.314/3 hükümleri çerçevesinde altı yıl, üç ay hapis cezasına mahkûm etmiştir. Mahkûmiyet hükmünün

gereğesinde ise başvuruçunun katıldığı on adet toplantı ve gösteri yürüyüşü gösterilmiştir.

Hüküm, 13 Nisan 2010 tarihinde Yargıtay tarafından onanıp kesinleşmiştir. Başvuruçucu, 7 Eylül 2010 tarihinde AİHM başvurusunu yapmıştır. Diğer yandan yukarıda da belirtildiği üzere, 6352 sayılı yasa ile fail lehine yapılan değişiklik nedeniyle Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi, 16 Ağustos 2012 tarihinde verdiği kararla cezayı beş yıl iki ay on beş gün hapis cezasına indirmiştir.

### III. MAHKEMENİN GÖRÜŞÜ

AİHM, kendi değerlendirmesine geçmeden önce çeşitli uluslararası kurumların ve sivil toplum örgütlerinin düzenlemelerle ilgili görüşlerini paylaşmıştır. Öncelikle Venedik Komisyonunun 11 ve 12 Mart 2016 tarihli toplantısında kabul edilen Görüşüne göre, Yargıtay'ın örgüt üyeliği ile ilgili olarak belirlediği “devamlılık, çeşitlilik ve yoğunluk”, “organik bağ” ya da “hijerarşik yapı içerisinde bilerek ve isteyerek hareket etme” ölçütlerinin dar uygulanması gerektiği, tersi uygulamanın AİHS m.7’de korunan “yasallık ilkesi” bakımından sorun yaratacağı vurgulanmıştır. Ayrıca düşüncenin çeşitli biçimlerde ifade edilmesinin bu davalarda tek kanıt olamayacağı da belirtilmiş, TCK m.220/6 ve 7’nin de kaldırılması ya da en azından bu çerçevede uygulanması gerektiği eklenmiştir (par.22).

Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri de 10 Ocak 2012 tarihli raporunda, TCK m.220’nin çok geniş bir takdir alanı yarattığına, örgüt üyeliği kanıtlanamasa bile terör örgütünün amaç veya emirleriyle uyulan eylem ve açıklamaların cezalandırılmasına yol açtığına dikkat çekilmiştir (par.23).

Bazı sivil toplum kuruluşlarının benzer yöndeki eleştiri ve açıklamalarına da yer verilmiştir Par.25-26).

Başvuruçucu, mahkûmiyet hükmünün gerekçesinden hareketle AİHS m.10 (ifade özgürlüğü) ve m.11 (toplanma ve gösteri özgürlüğü) üzerinden başvuruda bulunduğu için AİHM öncelikle bu alanda değerlendirme yapmıştır. AİHS m.10’un m.11’e göre “genel düzenleme” oluşturduğu gerekçesiyle başvuruyu m.11 çerçevesinde değerlendirmeyi uygun bulmuş (par.28), ancak yerleşik içtihadı uyarınca 11.maddeyi 10.maddenin “ışığında” yorumlayacağını da belirtmiştir (par. 29).

Başvuruyu AİHS m.35/3-a çerçevesinde kabul edilebilir bulan Mahkeme (par.32), ilgili Sözleşme maddesi çerçevesinde değerlendirmeye geçmiştir. Başvurucu, TCK m.220/7 ve m.314/2 uyarınca mahkûm edilmesinin toplanma özgürlüğüne müdahale niteliği taşıdığını, ulusal mahkemelerin ceza maddelerini çok geniş yorumlayarak “öngörülebilirlik” ilkesine zarar verdiklerini ileri sürmüştür (par.33). Ayrıca cezalandırılmasının hiçbir meşru amacı olmadığını, demokratik bir toplumda gerekli olmadığını, ölçüsüz olduğunu eklemiştir (par.34). Hükümet ise, PKK örgütünün bir terör örgütü olduğunun kabul edildiğini vurgulamış (par.35), başvurucunun toplanma özgürlüğüne müdahale edilmediğini çünkü kendisinin toplantı ve gösterilere katıldığı için değil yasadışı bir örgüte bilerek ve isteyerek yardım etmekten cezalandırıldığını hatırlatmıştır (par.36). Müdahale olsa bile “erişilebilir ve öngörülebilir” yasa hükümleri çerçevesinde olduğunu, ulusal güvenlik ile kamu düzeninin korunması ve suçun önlenmesi meşru amaçlarının bulunduğunu, yürüyüşlerde şiddete çağrı yapan sloganların atılması, terör örgütünü öven posterlerin taşınması nedeniyle müdahalenin de demokratik bir toplumda gerekli olduğunu savunmuştur (par.37-38).

AİHM, başvurucunun mahkûmiyet hükmünün katıldığı gösterilere dayanması nedeniyle AİHS m.11 anlamında toplanma özgürlüğüne müdahale olduğunu kabul etmiş (par.40) ve hakkı kısıtlamanın üç temel ölçütü bağlamında değerlendirmeye başlamıştır (par.41). Bunlar madenin ikinci fıkrasında geçen “yasa ile öngörülme” (*prescribed by law*), “meşru amaç” (*legitimate aim*) ve “demokratik bir toplumda gerekli olma” (*necessary in a democratic society*) olarak AİHM içtihadına yerleşmiştir.

Yerleşik içtihat uyarınca korunan bir hakka müdahalenin Sözleşmeye uygun olabilmesi için öncelikle yasa ile öngörülmüş olması / yasaya uygun olması gerekmektedir. Ancak burada kastedilen maddi anlamda yasa olup mutlaka parlamento işlemi olması gerekmemekte ve genel düzenleyici işlem hatta içtihat hukuku da (Common Law) AİHM tarafından kabul edilmektedir<sup>1</sup>. Önemli olan yasanın, kötüye kullanmayı ve keyfililiği engelleyici güvenceleri sağlamasıdır<sup>2</sup>. Ayrıca ilgili yasanın “ula-

1 LEACH Philip, *Taking a case to the European Court of Human Rights*, 4<sup>th</sup> ed., Oxford, 2017, s. 401

2 GÖZÜBÜYÜK A Şeref – GÖLCÜKLÜ Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 10.Baskı, Ankara, 2013, s.376

şılabilir” (*accessible*) ve “öngörülebilir” (*foreseeable*) olması da aranmaktadır ki mevcut karardaki tartışma da burada çıkmaktadır. Aşağıda açıklanacaktır. Meşru amaç açısından, tıpkı 8-9-10.maddeler olduğu gibi 2.fıkarda sayılan amaçlardan birine yönelik olarak müdahalenin yapılmış olması gerekmektedir. Demokratik bir toplumda gerekli olma ise daha çok ölçülülüğe gönderme yapmakta ve “*ne vazgeçilmez kadar sert ne de kabul edilebilir ya da normal kadar yumuşak olduğu*” Mahkeme tarafından ifade edilmektedir<sup>3</sup>.

Kararda AİHM, yasanın yalnızca şeklen olmasının yetmediğini, niteliğinin de önemli olduğunu, hukukun üstünlüğü ile uyumlu olması gerektiğini vurgulamıştır (par.42). Davaya konu TCK m.220 fıkra 7'nin ulaşılabilirliği konusunda bir sorunun bulunmadığını belirtmiş (par.46) ve öngörülebilirlik üzerinde yoğunlaşmıştır. Bir normun yasa olabilmesi bakımından bireylerin, davranışlarını düzenleyebilmeleri için yeterli açıklıkta olması gerektiğini belirten Mahkeme, bunun mutlak olamayacağını, yasaların az veya çok genişlikte, yoruma açık olmasının da kaçınılmaz olduğunu eklemiştir (par. 43). Asıl amaç, kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı bir koruma önlemi sağlamaktır. Bu bağlamda “kontROLSÜZ bir yetkinin” (*unfettered power*) tanınması hukukun üstünlüğüne aykırıdır (par.44).

Bu ilkeler ışığında somut olayı değerlendiren Mahkeme, Şubat ve Mart 2005 tarihlerinde başvurusunun katıldığı gösterilerin gerekçede yer almasının, o tarihlerde TCK m.220/7 henüz yürürlükte olmadığından yasallık sorunu yarattığını tespit etmekle yetinmiştir (par.47).

Sonrasında TCK m.220/6 ile ilgili olarak 14 Kasım 2017 tarihinde verdiği Işıkırık-Türkiye kararını hatırlatmıştır. Öngörülebilir olmadığı gerekçesiyle yasa ile öngörülmediğine karar verilen 6.fıkra ile somut davadaki 7.fıkranın benzer olduğunu, savcılığın örgüt üyeliğini kanıtlamasına gerek olmaksızın örgüt adına suç işlemekten veya örgüte bilerek ve isteyerek yardım etmekten ceza verilmesini sağladığını belirtmiştir (par.48-49). Oysa 7.fıkra yeterli açıklıkta bir tanımlama yapmadığı gibi Yargıtay içtihadının da yerleşik olmadığını söyleyen AİHM, somut olayda yerel mahkemelerin yasayı temel hak ve özgürlüklerini kullanan

3 Örneğin Handyside-Birleşik Krallık, 7.12.1976, par.48. Ayrıca bkz. DE SALVIA Michele, *Compendium de la CEDH*, Strasbourg, 2002, s.29 vd.

bir kişi ile terör örgütü üyesi arasındaki farkı kaldıracak kadar geniş yorumladığını, oysa kamu makamlarının keyfililiğinin kabul edilemeyeceğini vurgulamıştır (par.55-57). Verilen cezayı da ölçüsüz bulan Mahkeme (par.58), TCK m.220/7'nin Sözleşmenin 11.maddesi bakımından keyfi uygulamalara karşı güvenceyi sağlamaktan yoksun olduğundan öngörülebilir olmadığına, dolayısıyla müdahalenin yasayla öngörülmesi olmadığına karar vermiş ve başvuruçunun 11.maddede korunan hakkının ihlal edildiğine oybirliği ile hükmetmiştir (par.59). İhlal kararı verildiği için 11.madde bakımından diğer iki ölçütü ve diğer ihlal iddialarını değerlendirmeye de gerek görmemiştir (par. 59-60-61)<sup>4</sup>.

#### IV. DEĞERLENDİRME

Yukarıda açıklanan AİHM kararı ışığında, yasallık ilkesi temelli bir değerlendirme yaparken konuya iki farklı yönden yaklaşmak gerekecektir. Birincisi, ceza hukukunun belki de en temel ilkesi diyebileceğimiz yasallık ilkesinin içeriğidir. İhlal kararının daha net anlaşılabilmesi ve söz konusu ihlallerin etkisini ortaya koyabilmek açısından yasallık ilkesinin içeriğinin ve temelinin açıklanması gerekmektedir. İkinci olarak da AİHM tarafından verilen ihlal kararının, Türk Hukuku bakımından etkisi ve öneminin somut olayda neler olabileceği tartışılmalıdır.

##### A. Yasallık ilkesinin tanımı ve temeli

En basit tanımıyla suçun tanımının ve karşılığındaki ceza hukuku yaptırımının yasa ile belirlenmesi anlamına gelir. Gerek uluslararası düzeyde gerekse ulusal alanda hemen hemen bütünüyle kabul görmüş bir ilkedir. Türkiye'nin taraf olduğu Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 15.maddesi suçta ve cezada yasallık ilkesini açıkça korumaktadır. Aynı şekilde AİHS hem 7.maddede suç ve cezada yasallık ilkesini tanımlayıp korumakta hem de 8-9-10-11.maddelerde korunan haklar bakımından, yukarıda değinildiği üzere, yasal müdahalenin bir koşulu olarak yasanın varlığını aramaktadır. Mahkemenin "yasa" kavramından anladığı yalnızca klasik parlamento işlemi olmayıp "erişilebilir" ve "öngörülebilir" biçimde suç ve cezanın tanımlanmasıdır.

<sup>4</sup> Ayrıca başvuruçuya tazminat olarak 7.500 Euro, yargılama giderleri için de 2.424 Euro ödenmesine karar verilmiştir (par.65 ve 68).

Erişilebilirlik açısından yasanın yanında, uluslararası bir sözleşme veya idari bir emir de yasa niteliği taşıyabilmektedir<sup>5</sup>. Öngörülebilirlik açısından ise yasa hükmünün, hukuksal yardım alınarak da olsa, anlaşılabilmesi ifade edilmektedir. Böylece kişinin, eylemlerinin ceza sorumluluğu doğuracağını ve kendisine ceza yaptırımını uygulanabileceğini makul biçimde öngörebilmesi gerekmektedir. AİHM, kamu makamlarına takdir yetkisi tanınmasını kabul etmekle birlikte, keyfi müdahalelerin mutlaka engellenmesini sağlayacak güvenceleri de aramaktadır<sup>6</sup>. Ancak bu amaçla tanımlamanın, değişen koşullara uygulamayı engelleyecek kadar sıkı olmaması gerektiğini vurgulamaktadır<sup>7</sup>.

### 1) Çeşitli hukuk sistemlerinden örnekler

Ulusal hukuklarda da uygulama aynı yöndedir. Örneğin tamamen farklı bir hukuk sistemine sahip olan İngiltere’de de, Kıta Avrupa’sı hukuku bakımından yasallığı sorunlu görülebilecek “Common Law suçlarında” İngiliz yargı erki, AİHM içtihadının da etkisiyle, sınırlar getirmiştir. Bir zamanlar en yüksek yargı organı olan Lordlar Kamarası, 2006 yılında verdiği *Ramington and Goldstein* kararında, suçun uygulama alanının genişletilmesinin adım adım ve her olaya özgü olarak yapılabileceğini, “büyük bir sıçramanın” (*one large leap*) olanaklı olmadığını dile getirmiştir<sup>8</sup>. Aynı hukuk geleneğinden gelen Amerika Birleşik Devletleri’nde de Yüksek Mahkeme, daha 1926’da, AİHM’nin öngörülebilirlik içtihadına çok benzer bir yaklaşım sergilemiş ve yasak ya da yükümlülük getiren bir yasanın, “ortalama zekâya sahip bir insanın” (*man of common intelligence*) anlamını kavrayabileceği açıklıkta olmak zorunda olduğuna hükmetmiştir<sup>9</sup>.

Kıta Avrupa’sı örneklerinde yasallık çok daha nettir. Almanya’da Anayasa’nın 103/II maddesinde ve Ceza Kanunu’nun (StGB) 1.maddesinde yasallık ilkesi açıkça yer almaktadır. Öğretide bunun özgürlükle doğrudan bağlantılı olduğu ve ancak cezalandırılabilir olan eylemlerin

5 Örnek kararlar için bkz. Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights, s.11, [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_7\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_7_ENG.pdf) (Erişim: 7.8.2018)

6 SCHABAS William A., *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2017, s. 510

7 Ibid, s. 11 vd.

8 ASHWORTH Andrew – HORDER Jeremy, *Principles of criminal law*, 7th ed., Oxford, 2013; s.64

9 *Conally v. General Construction* bkz. Ibid, s. 65

önceden açıkça gösterildiği bir ortamda insanın özgür olabileceği vurgulanmaktadır<sup>10</sup>. Fransa'da da monarşi döneminde verilen keyfi cezalara bir tepki olarak, 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisinde açıkça yer bulan ilke (madde 8), Fransız Anayasa Konseyi'nin 1981 tarihli kararıyla kabul ettiği “anayasallık bloku” parçası olduğu için anayasal değerdedir. Yargıtay da ilkenin “kamu düzeninden” olduğunu içtihat ederek, her aşamada mahkemelerce resen dikkate alınmasının zorunlu olduğuna karar vermiştir<sup>11</sup>.

Türkiye'de de Anayasanın 38.maddesinde açıkça ifade edildiği üzere “*Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz*” (1.fıkra-suçta yasallık) ve “*Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur*” (3.fıkra-cezada yasallık). Zaten Anayasanın 13.maddesi de temel hak ve özgürlüklerin ancak “yasa” ile sınırlanabileceğini açıkça söyleyerek aynı sonuca işaret etmektedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu da “Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi” başlıklı 2.maddesinde aynı kuralı, bu kez yasal düzeyde, dile getirmektedir.

## 2) İlkenin varlık nedenleri ve özellikle kusur ilkesi

Temel hak ve özgürlüklerin yasa ile sınırlanması, dolayısıyla da suçu tanımlayan ve cezasını gösteren hükümlerin yasada bulunması zorunluluğunun iki temel nedeni bulunmaktadır. Birincisi meşruiyet sorunudur. Egemenliğin koşulsuz biçimde ulusa ait olduğu bir cumhuriyette (AY m.1 ve m.6/1), ulus egemenliği Anayasada öngörülen organlar aracılığı ile kullanır (AY m.6/2). Burada yasama yetkisini de ulus adına Türkiye Büyük Millet Meclisi kullanır (AY m.7). O halde kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin, ulusun adına hareket eden parlamento tarafından kısıtlanması, belirli eylemlerin suç haline getirilip cezalandırılmasının öngörülmesi meşrudur<sup>12</sup>. Böylesi bir yetkinin yürütme organına verilmesi, kötüye kullanmalara yol açabileceği gibi yargıya verilmesi de tarafsızlık açısından sorun yaratacaktır<sup>13</sup>. Bu bağlamda, idarenin de devreye

10 GROPP Walter, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4.Auflage, Heidelberg, 2015, s. 100

11 DESPORTES Frédéric – LE GUNEHÉC Francis, *Droit pénal général*, 11e éd., Paris, 2004, s. 153 vd.

12 DESPORTES Frédéric – LE GUNEHÉC Francis, *a.g.e.*, s. 156

13 DÖNMEZER Sulhi – ERMAN Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt I, 13.Bası, İstanbul, 1997, s.18; PRADEL Jean, *Droit pénal général*, 16.Bası, Paris, 2006, s. 126

girdiği “beyaz/çerçeve normun” yani açık ceza normunun da aslında yasak olduğu savunulmaktadır<sup>14</sup>. Her ne kadar Fransız mevzuatında ve uygulamasında, ceza hukukunun bir parçası olan kabahatlerle ilgili düzenlemeyi yürütme organı yapabiliyorsa da (Fransız AY m.34, Fransız CK m.111-2), kabahatlerin yaptırımları genel olarak yasayla belirlenmiştir (Fransız CK m.131-12) ve aralarında özgürlüğü bağlayıcı ceza bulunmamakta, para cezası da 3.000 Euro’yu aşmamaktadır (Fransız CK m.131-13)<sup>15</sup>.

Suç ve ceza düzenlemelerinin yasayla yapılması zorunluluğunun ikinci ve uygulama açısından en önemli nedeni ise aslında günümüz ceza hukukunun temelinde yer alan kusur ilkesidir. Genel olarak ege-men olan Klasik Okula göre, özgür iradeye sahip olan birey, yasada önceden tanımlanmış ve cezası da açıkça gösterilmiş bir eylemi, kural olarak, bilerek ve isteyerek (yani kasten) yaptığında kusurlu davranmış olur ve devlet, böylece doğan cezalandırma yetkisine dayanarak o bireyi cezalandırır<sup>16</sup>. Ortada temel bir özgür irade önermesi ve bunun sonucunda da kusurlu hareket ile yaptırım söz konusu olduğuna göre aslında devlet, bireyin önüne (birincisi yasal ve meşru olan, diğeri ise olmayan) iki seçenek koymaktadır: birincisi, bireyin suç oluşturan harekette kaçınması ve böylece cezalandırılmamasıdır. İkincisi ise bireyin söz konusu hareketi yapması nedeniyle ceza hukuku yaptırımlarıyla karşılaşmasıdır.

Burada da iki temel ön koşul bulunmaktadır. Birincisi bireyin yani somut olaydaki failin özgür iradeye sahip olmasıdır. Eğer iradesi özgür değilse, örneğin cebir, şiddet, tehdit altındaysa (TCK m.28), küçük bir çocuksa (TCK m.31), akıl hastasıysa (TCK m.32), sağır-dilsizse (TCK m.33), iradesi dışında alkol veya uyuşturucu madde etkisi altındaysa (TCK m.34/1) Ceza Kanunu, artık kusurlu olmadığını kabul edip onu cezalandırmaz<sup>17</sup>.

14 ZAFER Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Bası, İstanbul, 2016, s. 67

15 Bu durumun da anayasal değere sahip olan 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinin 8.maddesine aykırı olduğu savunulmaktadır bkz. PRADEL, s.131

16 CENTEL Nur – ZAFER Hamide – ÇAKMUT Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 10.Baskı, İstanbul, 2017, s.65

17 Pozitivistler ise irade özgürlüğünü reddedip yalnızca toplumu korumak amacıyla yaptırım uygulanabileceğini, bunun da güvenlik tedbiri olduğunu savunmuşlar, yasallığı da önemsememişlerdir bkz. CENTEL Nur – ZAFER Hamide – ÇAKMUT Özlem, *a.g.e*, s.67 vd.



İkinci ön koşul ise bireyin yani failin, özgür iradesiyle “seçeceği” seçeneklerin neler olduğunu görebilmesi ve anlayabilmesidir. İşte bu nedenle ancak ve ancak önceden yapılmış bir yasa ile yaptırımlandırılmış eylemin gerçekleştirilmesi durumunda ceza hukuku devreye girebilir. Failin, eyleminin sonuçlarını bilmesi ve anlaması gerekmektedir. Nitekim 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile mevzuatımızda yer alan ve öğretide “haksızlık yanılığı” olarak adlandırılan 30.maddenin 4.fıkra-sındaki düzenlemenin de temel çıkış noktası budur.

Dolayısıyla hem suç tanımının hem de yaptırımının bilinir ve anlaşılır olması gerekmektedir. Böylece olası bir fail, hareketlerini buna göre belirleyerek cezalandırılmaktan kaçınır (caydırıcılık) ya da suç oluşturan eylemi yapmayı seçtiği için kusurlu hareket etmiş olur ve cezalandırılır (bastırma işlevi). O halde yasallık ilkesinin mevzuatta yer alması önemli olmakla birlikte, uygulamada nasıl anlaşılıp uygulanması gerektiği asıl sorunlu kısmı oluşturmaktadır<sup>18</sup>. Bir başka deyişle yasallık ilkesinin vazgeçilmez unsuru belirlilik ilkesinin dikkate alınması gerekmektedir. Suç ve ceza düzenlemesinin yalnızca yasa da yer alması yeterli değildir. Tanımın ve yaptırımın olabildiğince açık bir biçimde yasa da gösterilmesi anlamına gelmektedir<sup>19</sup>. Böylece hem kişiye güvence sağlanmış olur<sup>20</sup> hem de korkutuculuk/caydırıcılık işlevi yerine getirilmiş olur. Zira ancak yeterli biçimde açıklanmış bir yasak gerekli korkutucu etkiye sahip olabilecektir<sup>21</sup>. Bu nedenle “düzeltici yorumun” Ceza Hukukunda yeri olmadığı haklı olarak savunulmaktadır<sup>22</sup>. Yeri gelmişken Alman öğretisinde savunulan yasallık-özgürlük bağlantısı bir kez daha vurgulanmalıdır. Örneğin, konuyla da doğrudan bağlantılı olması bakımından, AİHM'nin Vyerentsov-Ukrayna kararına değinilebilir. Barışçıl bir gösteriyle ilgili olarak Sovyetler Birliği döneminden kalma

18 Ceza Hukuku Genel Hükümler derslerinde bu konuyu şöyle bir örnekle açıklıyorum: “Kötülük yapana beş yıl hapis cezası verilir” şeklindeki bir yasa hükmü, şeklen yasa olsa da suçu tanımlamadığı, belirli olmadığı için yasallık ilkesine aykırıdır.

19 GROPP Walter, *a.g.e.*, s. 110

20 ZAFER Hamide, *a.g.e.*, s. 66

21 DEMİRBAŞ Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Ankara, 2018, s. 120

22 Ibid, s. 120. Demirbaş, 765 sayılı TCK m.454'ü örnek vermekte ve mehzaz yasanın tersine “veya” değil “ve” bağlacının kullanılmış olması nedeniyle bu şekilde yorumlanmak zorunda olduğunu dile getirmektedir.

bir tüzüğü uygulayan Ukrayna hakkında, metnin yeterince açık olmadığı gerekçesiyle ihlal kararı verilmiştir<sup>23</sup>.

Diğer yandan elbette kastedilen belirlilik hiçbir biçimde kazuistik bir yasa değildir. Çünkü kazuistik bir ceza yasası, yasa yapma tekniği açısından sorunlu olduğu gibi etkinlik açısından da yetersiz olacaktır. Zira yasalar, tıpkı diğer birçok düzenleme gibi, somut hayat olaylarına uygulanan, soyut kurallardır. İnsanlığın, teknolojik gelişime ve sosyal hayattaki değişimlere koşut olarak hızla (iyi ya da kötü yönde olması tartışmaya açık olmakla birlikte) değiştiği bir dönemde, yasal kuralların yeni olaylara uygulanabilecek esneklikte yani yorumla açık olmasının gerekliliği daha açık bir biçimde görülmektedir. Tıpkı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni "*güncel hayat koşulları ışığında yorumlanması gereken yaşayan bir araç*" olarak adlandırdığı kararlarındaki<sup>24</sup> gibi ceza yasaları da dâhil olmak üzere tüm yasaların bu olanağı sağlayabilecek ölçüde olması gerekmektedir.

## **B. AİHM kararının Türk Hukuku açısından etkisi ve önemi**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, herhangi bir biçimde ulusal mahkemelerin üst dereceli mahkemesi olmadığından, ulusal yargı yerince verilmiş bir kararı bozma, kaldırma, iptal etme yetkisi bulunmamaktadır. Mahkemenin yetkisi, bir ulusal yargı yerinin kararının, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi veya ilgili devletin taraf olduğu Ek Protokolleri tarafından korunan bir temel hak ya da özgürlüğü ihlal edip etmediğine karar vermektir (AİHS m.29 ve m.34). Eğer ihlal yönünde karar verirse ayrıca tazminata da hükmedebilir (AİHS m.41). Böylesi bir kararın iç hukukta nasıl uygulanacağı ise ilgili devletin takdirinde olmakla birlikte, bunun denetimini de Avrupa Konseyi bünyesindeki Bakanlar Komitesi yapmaktadır (AİHS m.46). Bu bağlamda ilgili devletten bir yasayı kaldırması, değiştirmesi istenebilmektedir<sup>25</sup>.

Türk Hukukunda böylesi bir ihlal kararı, öncelikle o dava özelinde

23 Vyerentsov-Ukrayna, 11 Nisan 2013 bkz. RAINEY Bernadette – WICKS Elizabeth – OVEY Claire, *Jacobs, White, Ovey: the European Convention on Human Rights*, 7th ed., Oxford, 2017, s. 346

24 Sörling-Almanya, 7.7.1989, par.102; Marckx-Belçika, 13.6.1979, par.41 bkz. DE SALVIA Michele, *a.g.e.*, s.14

25 Haziran 2018 itibarıyla Türkiye hakkında verilmiş ve yerine getirilmesi denetlenen 3753 karardan 2408 tanesi yerine getirilmiştir bkz. <https://rm.coe.int/tur-eng-fs4/1680709767> (Erişim: 13.8.2018)

yargılamanın yenilenmesi nedeni oluşturacaktır (CMK m.311/1-f). Dolayısıyla usulüne uygun başvuru durumunda, AİHM kararı dikkate alınarak yeniden yargılama söz konusu olabilecektir. Ancak TCK m.220/7 yürürlükten kalkmıştır denemez.

Bununla birlikte Anayasa'nın 90.maddesinin 5.fıkrası gereği temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin yasa ile çatıştığı zaman önceliği olduğundan, söz konusu içtihadın iç hukukta da uygulanması bir gerekliliktir. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olan Türkiye'nin uluslararası hukuktan doğan yükümlülükleri gereği, Sözleşmeyi ve dolayısıyla da AİHM kararlarını uygulama zorunluluğu bulunmaktadır (AİHS m.1 ve m.46).

Sonuç olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 220.maddesinin 7.fıkrası teknik olarak halen yürürlükte fakat uluslararası ve anayasal yükümlülükler çerçevesinde uygulanmak zorundadır.

## V. SONUÇ: TCK M.220/7'NİN UYGULANMASI VE GELECEĞİ

Yukarıda belirtildiği gibi AİHM kararına konu olan yasa hükmü halen yürürlükte ama AİHS ve dolayısıyla da AİHM içtihadına uygun biçimde yorumlanmak ve uygulanmak zorundadır. Fıkra yasanın ilk halinde de yer almaktadır. Gerekçeye göre “*örgütün amacına bilerek ve isteyerek hizmet eden kişinin*” cezalandırılacağı belirtilmiştir. Daha sonra 2012 yılında 6352 sayılı yasa ile yapılan değişiklik sonucunda cezada taksime bağlı bir indirim olanağı yaratılmıştır.

6352 sayılı yasanın madde gerekçesinde, TCK 220.maddesinin 7.fıkrasının 765 sayılı eski Türk Ceza Kanununun 314.maddesinde düzenlenmiş olan “*örgüt mensuplarına bilerek yardım ve yataklık etme suçuna karşılık*” geldiği belirtilmiştir. Failin, hiyerarşik yapıya girmediği ancak bilerek ve isteyerek örgüte yardım etmesiyle suçun tamamlandığı dile getirilmiştir.

İştirak kurumundaki “yardımda bulunma” ise “*suçun işlenmesini kolaylaştıran her türden hareket*”<sup>26</sup> veya “*başkasının kasten işlemekte olduğu bir suçun icrasının kasten desteklenesi*”<sup>27</sup> olarak açıklanmaktadır.

26 CENTEL Nur – ZAFER Hamide – ÇAKMUT Özlem, *a.g.e*, s.508

27 ARTUK Mehmet Emin – GÖKÇEN Ahmet – YENİDÜNYA Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*,

Ancak burada suça iştirak söz konusu olduğundan kastın suça yönelik olduğu ayrıca belirtilmelidir<sup>28</sup>.

Bu açıklamaların ışığında olası sonuçlar ve öneriler şöyle sıralanabilir: öncelikle yasa hükmünün kaldırılması bir seçenek olmakla birlikte, bu durumda örgütün kurulması, yönetilmesi, üye olunması ya da örgüt kapsamında suç işlenmesi gibi açıkça suç oluşturan eylemlere iştirak olmaksızın örgüte yardım etmek cezalandırılmayacaktır.

İkincisi, hükmü kaldırmak seçeneği işletilmezse mutlaka AİHM kararı ışığında uygulamak gerekmektedir. Yardım etmek kavramını, örgüt ile doğrudan veya dolaylı ilgili, uzak ya da yakın her türlü eylemi yapmak olarak yorumlamak yasallık ilkesi karşısında olanaklı değildir. Dava konusu olayda da görüldüğü üzere, toplantı ve gösteri yürüyüşlerine katılmak tek başına yardım etmek olarak değerlendirilemez. Aynı şekilde örgüt üyelerinin müdafiliğini yapan avukat da, hukuksal sınırlar içinde hareket etmek kaydıyla, hukuka uygun bir harekette bulunduğu için “örgüte yardım etmek” ile suçlanamaz.

Gerekçelerin ışığında failin, örgütün amacını bilmesi ve buna hizmet etmesi aranmalıdır. Dolayısıyla failin, kastının amacı kapsamaması gerekmele birlikte, yaptığı eylemin örgütün bu amacına hizmet niteliği taşıması gerekir. Örneğin mülga TCK m.314 çerçevesinde Yargıtay, otomobilin örgüte özgülmesini, örgüt üyesi tarafından kurulan şirketin ticari işlerinin yürütülmesini, mağdurun tehdit edilmesi için örgüt üyesinin aranmasını yardım etme olarak kabul ettiği gibi<sup>29</sup>, bir başka kararında da mültecilerin yalnızca bir kez gemiye binmesinin sağlanması eylemini bu kapsamda kabul etmiştir<sup>30</sup>.

İştirak açısından da yine Yargıtay, evinde mağdurun zorla özgürlüğünün kısıtlanmasına izin verme, diğer kişilerin ihaleye girmesini engellemek için diğer faillerle plan yapma ve öldürme eylemi sırasında öldürülenin cesaretini kırarak eylemlerde bulunmayı yardım etme olarak görmüştür<sup>31</sup>.

10.Baskı, Ankara, 2016, s. 664

28 ÖZGENÇ İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14.Baskı, Ankara, 2018, s. 560

29 Y. 8.CD. E.2003/7478 K.2005/679 T.23.2.2005, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) (Erişim:10.8.2018)

30 Y. 8.CD. E.2001/14106 K.2002/1323 T.7.2.2002, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) (Erişim: 10.8.2018)

31 Ayrıntılar için bkz. CENTEL Nur – ZAFER Hamide – ÇAKMUT Özlem, *a.g.e.*, s.510

O halde eylemin örgütün amacına hizmet edecek nitelikte olması zorunludur. Bunun bir diğer koşulu da failin kastının bunu kapsamasıdır. İddia makamı tarafından failin, bu amaçla hareket ettiğinin kanıtlanması zorunludur. Nitekim Yargıtay, temel ceza hukuku ilkeleri çerçevesinde, failin yardım ettiği ileri sürülen örgüt (çete) üyesinin bu kimliğini bildiğinin şüpheden uzak, yeterli kanıtın bulunmadığı davada mahkûmiyet hükmünü bozmuştur<sup>32</sup>. Failin böyle bir kastı yoksa suç yine oluşmayacaktır.

---

32 Y. 9.CD. E.2001/2236 K.2001/3088 T.6.12.2001, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) (Erişim: 10.8.2018)

## KAYNAKÇA

- ARTUK Mehmet Emin – GÖKCEN Ahmet – YENİDÜNYA Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10.Baskı, Ankara, 2016
- ASHWORTH Andrew – HORDEY Jeremy, *Principles of criminal law*, 7th ed., Oxford, 2013
- CENTEL Nur – ZAFER Hamide – ÇAKMUT Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 10.Baskı, İstanbul, 2017
- DE SALVIA Michele, *Compendium de la CEDH*, Strasbourg, 2002
- DEMİRBAŞ Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Ankara, 2018
- DESSPORTES Frédéric – LE GUNEHÉC Francis, *Droit pénal général*, 11e éd., Paris, 2004
- DÖNMEZER Sulhi – ERMAN Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Cilt I, 13.Bası, İstanbul, 1997
- GÖZÜBÜYÜK A Şeref – GÖLCÜKLÜ Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 10.Baskı, Ankara, 2013
- GROPP Walter, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4.Auflage, Heidelberg, 2015
- LEACH Philip, *Taking a case to the European Court of Human Rights*, 4<sup>th</sup> ed., Oxford, 2017
- ÖZGENÇ İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14.Baskı, Ankara, 2018
- PRADEL Jean, *Droit pénal général*, 16.Bası, Paris, 2006
- RAINEY Bernadette – WICKS Elizabeth – OVEY Claire, *Jacobs, White, Ovey: the European Convention on Human Rights*, 7th ed., Oxford, 2017
- SCHABAS William A., *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2017
- ZAFER Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Bası, İstanbul, 2016
- <https://rm.coe.int/tur-eng-fs4/1680709767>
- [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_7\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_7_ENG.pdf)
- [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)

## HAKSIZLIK HATASININ SUÇ GENEL TEORİSİNDEKİ YERİ VE İÇERİĞİ \*\*

M. Sefa Çetin\*\*\*

### ÖZET

Haksızlık bilincinin suç genel teorisindeki konumunun tespiti bu alanda kusura izafe edilen yer ile doğrudan bağlantılıdır. Süreç içerisinde psikolojik kusur öğretisi terk edilerek, normatif kusur anlayışı benimsenmiş ve kusur, haksızlığın yapısal bir unsuru olmaktan çıkarılmıştır. Haksızlık hatası (yanılgısı) da failin icra ettiği fiil nedeniyle kınanabilirliğine etki eden bir hata türü olup, kusurun tespitinde önem arz etmektedir. Bu bağlamda çalışmamızda haksızlık bilincinin suç genel teorisindeki yerini açıklayan teorilere yer verilmiştir. Haksızlık hatasından söz edebilmek için, kişide işlediği fiilin haksızlık oluşturduğuna yönelik bilincin olmaması gerekmektedir. Bu kavramlar arası bağdaşmazlık işin doğası gereğidir. Çalışmamızda haksızlık hatasının Türk hukukundaki tarihsel gelişimi aktarılmaya çalışılmış olup, haksızlık hatası konusu ile ilgili 765 sayılı mülga TCK'da yer alan düzenlemeler ile 5237 sayılı TCK'da yer verilen hükümler mukayeseli olarak incelenmiştir. Yine; 5237 sayılı TCK m.4'de yer alan ve ceza kanunlarını bilmemenin mazeret nedeni olarak dermeyer edilemeyeceği şeklinde ifade edilen “**error iuris criminalis nocet**” ilkesi ile haksızlık hatasını düzenleyen TCK m. 30/4 hükmünün çelişki arz edip etmediği tartışılmıştır. Ayrıca unsur hatası ile haksızlık hatası arasındaki farkların tespiti de çalışmamızın konularından birini teşkil etmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Haksızlık, Tipiklik, Hukuka Aykırılık, Kusur, Haksızlık Bilinci, Haksızlık Hatası, Suç Genel Teorisi.

\* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 06/08/2018. İlk hakem raporu tarihi: 31/08/2018. İkinci hakem raporu tarihi: 03/09/2018.

\*\* Bu çalışmada “haksızlık hatası” ve “haksızlık yanılgısı” kavramları aynı anlamda kullanılmaktadır.

\*\*\* Cumhuriyet Savcısı Adayı, İstanbul Anadolu Adalet Sarayı 21. Dönem, İstanbul Şehir Üniversitesi SBE Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi, [msefacetin@gmail.com](mailto:msefacetin@gmail.com), yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-4768-7252.

## MISTAKE OF INJUSTICE AND IT'S PLACE AND CONTENT IN GENERAL THEORY OF CRIME

### ABSTRACT

The determination of the injustice consciousness' position in general theory of crime, is linked with the place attributed to the mistake in that field. Within the process, the psychological defect theory has been abandoned while normative defect theory has been embraced. Accordingly the defect has been no longer a structural element of injustice. Mistake of injustice being a sort of error that affects to perpetrator's culpability due to his/her act, cannot be ignored whilst determining the defect. The theories expressing the mistake of injustice's position in the general theory of crime are mentioned within the scope of our work. To be able to mention the mistake of injustice, it is required an absence of consciousness pertaining the injustice that perpetrator's act constitutes. The incompatibility exists between these concepts by force of their nature. In our work, it has been tried to explain the historical development of the mistake of injustice in frame of Turkish Law. Furthermore the provisions concerning the mistake of injustice of the Turkish Penal Code numbered 765 and the provisions of the Turkish Penal Code numbered 5237 are examined comparatively in this context. Eventually, it has been argued whether there is a contrast between the principle of "*error iuris criminalis nocet*", which is stated at the Article 4 of TCK prescribing that being not able to assert the ignorance of criminal laws as an excuse and the Article 30/4 of TCK that regulates mistake of injustice. Also the determination of the differences between the mistake of injustice and the elemental mistake has constituted one of the examined subjects of this work.

**Keywords:** Injustice, Typicality, Illegality, Fault, Consciousness of Injustice, Mistake of Injustice, General Theory of Crime.

### 1. GİRİŞ

Haksızlık hatası kavramı 5237 sayılı TCK m. 30/4 hükmünde; "işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz" şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre; haksızlık ha-



tasında kişi, icra ettiği fiilin hukuk düzenince haksızlık olarak addedildiğini bilmemektedir. Kişinin zihninde fiilin haksız olduğuna yönelik rasyonel muhakemeyi ifade eden haksızlık bilincinin yokluğu halinde haksızlık hatası ortaya çıkacaktır. Haksızlık hatası halinde, kişinin icra ettiği fiile tipikliğini kazandıran objektif unsurlara yönelik bilgisi tamdır. Ancak kişi, icra ettiği fiilin hukuk düzenince haksızlık olarak telakki edildiğinin bilincinde değildir.<sup>1</sup> Kısaca; haksızlık hatası(yanılgısı), kişinin fiiline haksızlık özelliği kazandıran yasak-emir normu bilmemesi veya kişinin gerçekleştirdiği fiile yönelik bir hukuka uygunluk sebebi bulunmamasına rağmen failin hukuka uygunluk sebebi olduğunu varsaymasıdır.<sup>2</sup> Ancak kişinin zihninde oluşan bu bilgisizlik, dış dünyada icra ettiği fiilin pozitif hukuk metinlerinde cezalandırılabilir bir suç olarak düzenlenmesinin bilinmemesi şeklinde anlaşılabilir. Ayrıca kişi eğer icra ettiği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda bilince sahipse, bu haksızlığın cezaya layık olup olmadığı hususu da haksızlık bilinci açısından önem arz etmemektedir. Kusurluluğun tespitinde dikkate alınacak olan husus; kişinin dış dünyada gerçekleştirdiği maddi vakıaların, hukuk düzenince onaylanmayacağına bilincinde olmasıdır. Kişinin zihninde yer alacak böyle bir haksızlık bilinci, haksızlık hatasını bertaraf eder mahiyettedir.<sup>3</sup> Belirtmek isteriz ki; kanaat suçlusu (inanç faili) şeklinde nitelendirilen kişiler, icra ettiği fiilin hukuk düzenince haksızlık olarak nitelendirildiğinin objektif olarak bilincindeyse, kişinin işlediği fiili kendi inancında(bu inanç; dini, töresel vb. sebeplerden kaynaklanabilir) haksızlık olarak addetmemesi önem arz etmeyecek, inanç failinin haksızlık bilincine sahip olduğu kabul edilecektir.<sup>4</sup>

Kişinin icra ettiği fiilin, hukuk düzenince haksızlık olarak addedildiği bilincinin, fiili icra eden kişi zihninde yokluğunu ifade eden haksızlık hatası, kastı bertaraf etmemektedir. Zira haksızlık hatası, failin fiilinden

- 
- 1 **Koca**, Mahmut / **Üzülmez**, İlhan, "Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler", 10.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2017, Ankara, s.362.
  - 2 **Centel**, Nur / **Zafer**, Hamide / **Çakmut**, Özlem, "Türk Ceza Hukukuna Giriş", 7.Baskı, Beta, Kasım 2011, İstanbul, s.416-417.
  - 3 **Özgenç**, İzzet, "Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler", 10.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2014, Ankara, s.444-445.
  - 4 **Jescheck**, Hans Heinrich, "Lehrbuch des Strafrechts", Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Berlin, 1988, s.408; **Welzel**, Hans, "Das deutsche Strafrecht", 11. Auflage, Berlin, 1969, s.176 vd.; Aktaran: **Özgenç**, s.445.

dolayı kınanabilirliğini ifade eden kusur kavramı ile ilişkili olup, kusurun tespitinde rol oynamaktadır. Yani haksızlık hatasının bahis mevzuu olduğu durumlarda problemin kast kapsamında değerlendirilmesi doğru değildir.<sup>5</sup> Nitekim kastın nitelendirilmesinde kullanılan “dolus malus” kavramı yani kastın hem tipikliğin objektif unsurlarını hem de haksızlık bilincini ihtiva etmesi gerektiği anlayışı artık terk edilmiş olup, failin kastı münhasıran; haksızlık teşkil eden fiile tipiklik olgusunu kazandıran normun objektif unsurlarının olayda varlığının bilinmesi ile sınırlandırılmıştır.<sup>6</sup> Bu kabul, haksızlığı; deskriptif ve normatif alt unsurlar ihtiva eden tipiklik ve hukuka aykırılık unsurları ile sınırlayan, kusur kavramını haksızlığın yapısından çıkararak kınanabilirliğe indirgeyen normatif kusur öğretisinin, kusuru suçun bir unsuru olarak kabul edip kast ve taksiri kusurluluk şekli olarak kabul eden psikolojik kusur teorisi karşısında zaferinin sonucudur.<sup>7</sup>

Haksızlık hatası farklı şekillerde ortaya çıkmaktadır. İlk olarak; kişinin norm hakkında bilgisinin olmaması, norm hakkında bilgisi olmasına rağmen yanlış yorum sonucu söz konusu normun kendi fiiline uygulanmayacağını düşünmesi veya normun hükümsüzlüğüne inanması hususlarından kaynaklı haksızlık hatası olabilmektedir. Bu halde “doğrudan haksızlık hatası” (soyut yasak hatası) söz konusudur.<sup>8</sup> İkinci olarak; kişinin gerçekleştirdiği fiile yönelik bir hukuka uygunluk

5 **Özgenç**, “Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler”, s.445.

6 **Göktürk**, Neslihan, “Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, 1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Aralık 2016, Ankara, s.5.

7 Kusur kavramına ilave edilen fonksiyonun tarihsel süreç içerisinde değişmesiyle birlikte kusuru suçun unsuru olarak addeden psikolojik kusur teorisi yerini, kusuru haksızlığın yapısından dışlayarak failin kınanabilirliği ile ilişkilendiren normatif kusur öğretilerine bırakmıştır. Böylece modern ceza hukuku öğretisi sistematikte kusurun yeri tespit edilmiş olup kusur kavramının yerinin açıklanması zemininin sağladığı geçişkenlikle haksızlık bilincinin bu alanda konumu da kusurlulukla ilişkili olduğu yönünde netleşmiştir. Kusuru suçun unsuru olarak gören klasik öğretinin terk edilmesinde dönüm noktası olarak görülen, kusurluluğun haksızlığın bünyesinden çıkarılması gerektiği, haksızlığın iki ana unsurunu oluşturan tipiklik ve hukuka aykırılık olgularının kusur ile ilişkilendirilmemesi gerektiği, kusurun münhasıran tipik ve hukuka aykırı olan fiilin icrasından ötürü failin kınanabilirliği ile alakalı bir mesele olduğu, haksızlık bilincinin kast kapsamında olmayıp kusurluluk nazarında değerlendirilmesi gerektiği hususlarının belirtildiği Alman Federal Mahkemesi Büyük Ceza Kurulu'nun 18.03.1952 tarihli kararına ilerde yer alan sahifelerde ayrıca değinilecektir.

8 **Jescheck**, Hans / **Heinrich/Weigend**, Thomas, “Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil”, 5.Auflage, Berlin 1996, s.456; Aktaran: **Koca / Üzülmöz**, “Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler”, s.363; **Göktürk**, “Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, s.115-125.

sebebi bulunmamasına rağmen, fail hukuka uygunluk sebebi olduğunu varsaymaktadır. Öğretide bu husus; “dolaylı haksızlık hatası” (somut yasak hatası) olarak nitelendirilmektedir.<sup>9</sup> Burada dikkat edilmesi gereken husus şudur ki; dolaylı haksızlık hatasının olduğu durumda; kişinin hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatası söz konusu değildir, dolaylı haksızlık hatasında fail gerçekte olmayan bir hukuka uygunluk sebebinin bulunduğunu düşünmektedir. Yani; hukuka uygunluk sebebinin varlığında yanlış içerisindedir. Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata ile gerçekte olmayan bir hukuka uygunluk sebebinin varsayılması durumları arasındaki farkın önemi; ilkinin kastı kaldırır mahiyette olması, ikincisinin kusur ekseninde bir mesele olması konusunda ortaya çıkmaktadır. Kişinin hukuka uygunluk sebeplerinin maddi koşullarında hataya düşmesi kastını bertaraf eder<sup>10</sup>, bu halde taksirli sorumluluk hali saklıdır. Nitekim; failin, haksızlığın yapısında zıt yönde olumsuz fonksiyon teşkil eden hukuka uygunluk sebeplerinin maddi koşulları hakkında bilgisi, kastına dahildir.<sup>11</sup> Oysa gerçekte olmayan bir hukuka uygunluk nedeninin failin zihninde varlığını ifade eden dolaylı haksızlık hatası, TCK 30/4 kapsamında değerlendirilmekte ve kusuru etkilemektedir.

Haksızlık hatasının gerçekleşmesi halinde kişinin kınanabilirliğinde

- 
- 9 **Jescheck / Weigend**, “Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil”, s.457; Aktaran: **Koca / Üzülmmez**, “Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler”, s.363; **Göktürk**, “Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, s.125.
- 10 Ancak hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata halinin kastı kaldırıp kaldırmayacağı hususu öğretide tartışmalıdır. Doktrinde hukuka uygunluk sebeplerinin maddi unsurlarında hatayı haksızlık yanılgısı kapsamında değerlendiren bir görüş olduğu gibi söz konusu bu hata halini suçun maddi unsurlarında hata olarak değerlendiren bir görüş de bulunmaktadır. Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi unsurlarında hata halinin haksızlık yanılgısı kapsamında olduğu kabul edildiğinde söz konusu bu hata hali kaçınılmaz ise kişiye kusur izafe edilemeyecektir. Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi unsurlarında hata halinin suçun maddi unsurlarında hata kapsamında olduğu görüşüne göre ise kaçınılmazlık değerlendirmesi yapılmadan kişinin kastının kalktığı kabul edilecektir. (**Değirmenci**, Olgun, “Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2014/110, s.163-164, <http://tbdergisi.barobirlik.org.tr/m2014-110-1343> (Erişim tarihi: 06.08.2018))
- 11 **Koca / Üzülmmez**, “Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler”, s.261; **Meraklı**, Serkan, “Ceza Hukukunda Kusur”, 1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ekim 2017, Ankara, s.421. Ayrıca yazar TCK 30/3 hükmünün hukuka uygunluk sebeplerinin koşullarında düşülen hata bakımından şu şekilde değiştirilmesini önermektedir: “*Hukuka uygunluk sebeplerinin koşullarının oluştuğu hususunda hataya düşen fail, eylem taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyor ise bu eylemin taksirli haline ilişkin olarak kanunda öngörülen ceza ile cezalandırılır.*”

(kusurunda) kilit fonksiyon icra eden kavram “kaçınılabilirlik” olgusudur. Haksızlık hatasının failin ceza sorumluluğunu kaldırabilmesi için “kaçınılmaz” mahiyette olması gerekmektedir. Kaçınılabilirlik; kişinin davranışının hukuk düzeniyle çeliştiğinin idrak edilebilir olmasıdır. Kaçınılabilir haksızlık hatası içerisinde fiilini icra eden kişi kusurludur. Haksızlık hatasının kaçınılabilirliğinin ölçüsü, kusur oranının tespitinde rol oynamaktadır. Zira suç genel teorisinde cari olan “**nulla poena sine culpa**” ilkesi gereği, kişiye kusur atfedilemediği durumlarda, kişinin cezalandırılması mümkün olmadığı gibi kusursuz ceza olmaz ilkesi olarak ifade edilen bu ilke; kişiye kusuru oranında ceza verileceği alt ilkesini de kapsamaktadır. Haksızlık hatasının kaçınılabilirliğinin tespitinde “taksir” kavramı kullanılamaz. Kaçınılabilirliğin tespitinde taksiri ölçü alan anlayış kusurluluğu suçun bir unsuru ve kast ile taksiri kusurluluk türleri olarak kabul eden klasik öğretinin yansımasıdır. Oysa 5237 sayılı TCK sistematığında; taksir kavramı sadece tipik haksızlığın subjektif unsuru olarak kabul edilmektedir. Nitekim taksir değerlendirmesi haksızlık oluşturan tipik fiile (vakıalara) yönelik bir değerlendirme olup, failin muhakeme süzgecinin ürünü olan norm değerlendirmesinde taksir kriterinin (hukuki taksir) kullanılması mümkün değildir.<sup>12</sup>

## 2. HAKSIZLIK BİLİNCİNİN SUÇ GENEL TEORISİNDEKİ YERİ

Dış dünyada fail tarafından gerçekleştirilen fiilin, zihinsel bir değerlendirme sonucu hukuk düzenince haksızlık olarak nitelendirildiği bilgisini ifade eden haksızlık bilinci kavramının suç genel teorisindeki yerinin tespiti bakımından; kast teorisi (Vorsatztheorie) ve kusur teorisi (Schuldtheorie) olmak üzere iki teori ön plana çıkmaktadır. Kast teorisi haksızlık bilincini kastın bir unsuru olarak kabul ederken, kusur teorisi haksızlık bilincini kusur ile ilişkilendirmektedir.<sup>13</sup>

12 **Göktürk**, “Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, s.146-149. Kural üzerinde hatanın kaçınılabilirliğinin tespitinde “taksir” kavramının ölçü olarak kullanılabileceğine yönelik aksi görüş için bkz: **Apaydın**, Cengiz, “Ceza Hukukunda Hukuki Hata”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 133, Eylül 2017, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.44. Yazara göre; “kural üzerinde hataya düşülmesinde taksirli olunması da mümkündür. Bu durumun varlığı için ise, taksire özgü üç koşulun bulunması gerekir. En başta, hatanın yapılmak istenmemiş olması gerekir. İkinci olarak ise, kural hakkında bilgi veren, kuralın içeriği konusunda kişileri uyaran ve dolayısıyla hataya düşülmesini önleyici düzenlemelere uyulmamış olması gerekir. Üçüncü olarak ise, kural üzerinde hataya düşülmesini önleyici kurallara uymamanın faille isnat edilebilir olması gerekir.”

13 **Göktürk**, “Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, s.1.

## 2.1. Kast Teorisi

Haksızlık bilincinin suç genel teorisindeki konumunu açıklayan kast teorisi klasik ceza hukuku sistemine dayanmaktadır. Klasik ceza hukuku öğretisinde hakim olan nedensel hareket teorisi üzerine gelişen psikolojik kusur kavramının açıklanması, haksızlık bilincini izah eden kast teorisinin anlaşılmasında yardımcı olacaktır.

Psikolojik kusur kavramına göre; kusur suçun yapısal bir unsuru olup kast ve taksir birer kusurluluk türüdür. Zira klasik ceza hukuku öğretisinde kabul edilen psikolojik kusur kavramı; suçun unsurlarını izahta suçu iç ve dış yapıya ayırmakta, haksızlığı suçun dış unsuru, kusuru suçun iç unsuru olarak görmektedir. Yani; haksızlık, subjektif unsurlardan bağımsız kabul edilerek münhasıran objektif unsurlara indirgenmektedir. Kişinin haksızlık ile olan psikolojik (içsel) ilişkisi ise “kusur” kavramı ile tanımlanmakta, kast ve taksir kusurun şekilleri olarak ortaya çıkmaktadır. Klasik ceza hukuku öğretisinde hakim olan ve doğal bilimlerin esin kaynağı olduğu nedensel hareket teorisinin etkisiyle haksızlığın tanımında irade içeriğine yer verilmemektedir. Haksızlık tanımlanırken irade içeriğini oluşturan subjektif unsurların dışlanması gerekmektedir. Bu nedenle haksızlığın tanımında kast ve taksir kavramları kullanılamaz ve kast ile taksir kusur ile ilişkilendirilir.<sup>14</sup>

İzah edilen bu anlayışın sonucunda haksızlık bilincinin suç genel teorisinde konumlandırılmasında ortaya çıkan kast teorisine göre; suçun kanuni tanımındaki unsurlarının bilinmesi kast için yeterli olmamaktadır. Kişinin kasten hareket ettiğinden söz edilebilmesi için failin ayrıca işlediği fiilin hukuk düzenince haksızlık olarak addedildiğinin bilincinde (hukuka aykırılık bilinci, haksızlık bilinci) olması gerekmektedir. Nitekim suçun maddi unsurlarına yönelik olan ampirik bilgiler kastın varlığı için yeterli değildir. Failin kastından söz edebilmek için, fiil ile hukuk düzeninde haksızlık oluşturulduğunun bilinci gerekmektedir.<sup>15</sup>

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 24.12.1996 tarihli, 8-286/296 numaralı kararında<sup>16</sup>; ‘*sanık, Jandarmanın telkin ve tavsiyesine uyararak,*

14 **Göktürk**, Neslihan, “Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, s.5-6.

15 **Ozansü**, Mehmet Cemil, “Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Subjektif Sorumluluk”, 1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Kasım 2007, Ankara, s.101; **Göktürk**, “Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, s.5

16 **Yaşar**, Osman / **Gökcan**, Hasan Tahsin / **Artuç**, Mustafa, “Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu”, Cilt:1, 2.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s.901: Aktaran; **Göktürk**, “Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, s.168.

*edindiği ruhsatsız silahı, Jandarma Bölük Komutanlığı'nın muayenesine sunmuş, yapılan muayeneden sonra kendisine teslim edilen silahın muayenesinin yapıldığına dair bir de yazı verilmiştir. Sanık, jandarmanın verdiği yasal olmayan bu yazıya güvenerek ve dayanarak silahla mermilerini evinde bulundurmıştır. Olayın bu akışı içinde sanıkta suç kastının varlığından bahsedilemez”* denilmiştir.

Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin 26.09.2001, 8661 numaralı kararında<sup>17</sup>; *“İşyerinde II.Mabmut dönemine ait çeyrek altın bulunduran sanıkta suç kastının mevcut olup olmadığı tartışılmadan mahkumiyetine karar verilmesi bozma sebebi yapılmıştır”* denilmiştir.

Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 23.12.1995 tarihli, 3827 numaralı kararında<sup>18</sup>; *“Failin kocasının ölümü ile dul kalan kızını gayri meşru bir maksada mukarrin olmaksızın ve himaye ve sababet niyeti ile meşru bir hareket olduğu kanaati ile zorla evine götürmesi halinde suç kastı yoktur”* denilmiştir.

Yine Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2012/1514 Esas, 2014/312 Karar numaralı kararına<sup>19</sup> konu olmuş bir olayda; sanığın eşi, katılan ile aynı sağlık biriminde çalışmakta olup, sanık; katılanın doğum yaptığını ve göreve gelmediğini, görevde olmamasına rağmen göreve gelmiş gibi ücret aldığını ispatlamak amacıyla katılanın doğum yaptığı hastaneden doğum raporunu alarak ilgili idari birimlere şikayette bulunmuş, katılan hakkında yapılan idari soruşturmada ödenen haksız ücretler katılıandan tahsil edilmiş, katılan, sanık hakkında, hastaneden doğum raporu alması nedeniyle şikayette bulunmuş ve kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçundan sanık Ö.A., Şanlıurfa 4. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 26.03.2009 tarihli, 647-193 numaralı kararıyla; 10 ay hapis cezası ile cezalandırılmış ve cezası ertelenmiştir.

Hükmün sanık müdafii tarafından temyizi üzerine; Yargıtay 12.Ceza Dairesi'nce 15.05.2012 tarihli, 15747-12099 numaralı kararla; yerel mahkemenin kararın onanmasına oyçokluğuyla karar verilmiştir. Yargıtay

17 **Soyer Güleç**, Sesim, “Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılgısı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 1, 2008, s.79, <http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/dergimiz10-1/3sesimsoyer.pdf> (Erişim tarihi: 06.08.2018)

18 **Soyer Güleç**, “Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılgısı”, s.79.

19 <https://kararara.com/forum/viewtopic.php?f=194&t=46222>

12. Ceza Dairesi üyelerinden M.A. şu gerekçelerle onama kararına karşı muhalefet şerhi yazmıştır: “bugüne kadar kişisel verilerin neler olduğuna dair kanunun çıkarılmaması nedeniyle TCK’da düzenlenen 135. ve 136. maddelerde hukuka aykırılığın hangi hallerde oluşabileceğine dair başvurulabilecek kapsayıcı bir kaynak veya norm olmaması nedeniyle bu iki madde eksik norm sayılırlar. Sanık bütün aşamalardaki savunmalarında işine devam etmeyen katılanın çalışmadan ücret aldığı, kamuyu zarara uğrattığını ve bunu ispatlamak için bastaneden belgeyi aldığını, bu durumun suç olduğunu bilmediğini söylemektedir. Failin işlediği fiile ilgili olarak suçun maddi unsurlarının yanı sıra bu fiilin hukuka aykırılığının da bilincinde olup olmadığının ayrıca araştırılması gerekir. Aksi halde **kastın varlığından** söz edilemez.

Ayrıca Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’ da; “somut olayda sanık ile katılanın aynı yerde çalıştığı, katılanın doğum yaptığı ve fiilen çalışmadığı halde, çalışıyormuş gibi hakkında işlem yapıldığı iddiası üzerine, başlatılacak idari soruşturmaya esas olmak üzere, sanığın, Şanlurfa Özel Dünya Hastanesi’ne kendiliğinden müracaat ederek katılanın doğum raporunu hukuka aykırı olarak ele geçirerek, idari soruşturmada kullanması şeklinde gerçekleşen eyleminde, sanığın suça konu kişisel verileri elde etmede kastının olmadığından cibetle” Yargıtay 12.Ceza Dairesi’nin onama kararının itirazın kaldırılmasını talep etmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu; 5237 sayılı TCK’nda bazı suç tanımlarında hukuka aykırı olarak, hukuka aykırı yolla gibi ifadelerle yer verildiği, bu durumlarda failin işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmesi, yani doğrudan kastla hareket etmesi gerekmektedir. Suça konu doğum belgesinin yapılacak şikayetin delili olmak amacıyla alınmış olması nedeniyle haksızlık oluşturduğu hususunda hataya düşülmüş olduğu ileri sürülebilir ise de, uzun süredir memur olarak çalışan sanığın başkasına ait bilgiler içeren bir belgeyi ilgilinin bilgi ve rızası olmaksızın almasının hukuka aykırı olduğunu bilecek durumda olması” gerekçesiyle özel dairenin kararını onayarak, itirazın reddine karar vermiştir.<sup>20</sup>

20 Normalde haksızlık bilincinin kusurluluk ile ilişkili olduğu fakat haksızlığa tipikliğini kazandıran normun içeriğinde yer alan tanımda; “hukuka aykırı olarak”, “hukuka aykırı olduğunu bilecek” gibi ifadelerle yer verildiği durumlarda haksızlık bilincinin artık kusur ile ilişkilendirilmeyip, doğrudan kastın varlığı için gerekli olduğuna yönelik görüşler bulunmaktadır. (Hafizoğulları,

Yukarıda yer verilen tüm Yargıtay kararlarında kanaatimizce; haksızlık bilincinin suç genel teorisindeki yerini açıklayan kast teorisinin etkisiyle yanlış altlama faaliyeti yapılarak hukuki tanıda hataya düşülmüştür. Zira; haksızlık hatası müessesesi aşağıda kusur teorisi bahsinde açıklanacağı üzere failin kusurluluğuna etki etmekte olup, kastını etkilememektedir. Nitekim 5237 sayılı TCK m.21/1 uyarınca; *kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir*. Kişinin; tipikliğin objektif unsurlarına yönelik maddi olguları bilmesi kastı için yeterli olup ayrıca haksızlık bilincinin kast için koşul olgu olarak kabul edilmemesi gerekir.

## 2.2. Kusur Teorisi

Haksızlık bilincini kastın varlığı için koşul olarak gören kast teorisine karşı çıkış ilk olarak Otto Berg tarafından yapılmıştır. Berg, kast ve taksir kavramlarının kusurun türleri olduğu görüşünü reddetmekte, kast ve taksir mefhumlarının kusur ile aynı şey olmadığını söylemektedir.<sup>21</sup>

Modern ceza hukuku öğretisinde gelişen normatif kusur teorisi; kusuru suçun yapısal bir unsuru olmaktan çıkartıp, failin gerçekleştirdiği

---

Zeki / **Özen**, Muharrem, "Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler", US-A Yayıncılık, 5.Baskı, 2012 Ankara, s.282; **Zafer**, Hamide, "Ceza Hukuku Genel Hükümler", 5.Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s.296-298; **Soyaslan**, Doğan, "Ceza Hukuku Genel Hükümler", 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s.435-436; **Demirbaş**, Timur, "Ceza Hukuku Genel Hükümler", 10.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s.261; **Önder**, Ayhan, "Ceza Hukuku Dersleri", Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s.217; **Centel**, Nur / **Zafer**, Hamide / **Çakmut**, Özlem, "Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7.Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011, s.291-292, **İçel ve diğerleri**, "Suç Teorisi", 2.Bası Beta Yayıncılık, İstanbul 2000, s.110-11.) Ancak; hukuka aykırılık kavramının kül halinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Suçu tanımlayan normda "hukuka aykırı olarak" ibaresinin geçip geçmemesine göre bu şekilde hukuka genel aykırılık - hukuka özel aykırılık ayrımı yapılması ve hukuka özel aykırılık halinde hukuka aykırılık bilincinin kast ile ilişkili olduğunun kabul edilmesi yanlış olacaktır. Fakat yasal tanımda geçen "hukuka aykırı olarak" ibaresi normda tanımlanan unsurlardan birini niteler mahiyette ise(örneğin TCK 91/5'de geçen; "hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan" organ veya dokuyu saklayan ifadesi.) burada hukuka aykırılığı tipikleme ilişkileştirmek zorunlu olup, hukuka aykırılık bilinci kastın bir unsurudur. Diğer yandan suçun yasal tanımında genel olarak hukuka aykırılık ifadesine yer verilmişse, hukuka aykırılık bilincinin kusurluluk bahsinde değerlendirilmesi, hukuka genel aykırılık - hukuka özel aykırılık ayrımının yapılmaması gerekir. Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz: **Göktürk**, Neslihan, "Suçun Yasal Tanımında Yer Alan Hukuka Aykırılık İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 1, 2016, s.424 vd.

21 **Berg**, Otto, "Der gegenwärtige Stand der Schuldlehre im Strafrecht", Diss., Universität Greifswald, Schletter'sche Buchhandlung, Breslau, 1927, s.41 f., 64 ff., 72; Aktaran; **Göktürk**, "Haksızlık Yanılığının Ceza Sorumluluğuna Etkisi", s.13.



fiili nedeniyle kınanabilirliği olgusuna indirgemıştır. Haksızlık hatası konusu da kusurun suç genel teorisindeki yeri ile doğrudan bağlantılıdır.

Kast ve taksir gerçekleştiriliş şekilleri itibariyle haksızlığın sübjektif unsurunu teşkil etmektedir. Kusur, modern ceza hukuku öğretisinde suçun yapısal bir unsuru olmaktan çıkarılıp, failin kınanabilirliğine hasredilmiştir. Bu bağlamda kişinin kasten hareket etmesine rağmen, kusurunun bulunmadığı durumlar ortaya çıkabilmektedir. Kast maddi vakıalardan fiile ilişkin olup, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilinmesini ifade etmektedir. Dikkat edilmesi gerekir ki; kastın varlığından söz edebilmek için, haksızlığın bir unsuru olan tipikliğin objektif unsurlarına yönelik bilgi yeterlidir. Kastın varlığı için fiile yönelik olarak hukuk düzeni tarafından yapılan haksızlık nitelendirmesinin fail tarafından bilinmesi anlamına gelen haksızlık bilinci aranmaz. Buna göre haksızlık ve kusur kavramları birbirinden ayrı olup, kast ve taksir haksızlığın tipikliğini sübjektif unsurlarını oluşturmaktadır.<sup>22</sup>

Kanunun suç saydığı fiilin bilinmesi ve istenmesi şeklinde tanımlanan kast; fiilin hukuka aykırılığının veya gayri meşruluğunun bilinmesini kapsamaz.<sup>23</sup> Kasten hareket eden fail; normdaki tipe uygun fiili gerçekleştirmek istemektedir. Hukuka aykırılık bilinci ise kusurun bir unsurudur.<sup>24</sup> Kusur iradi bir kavram olup, kast ve taksirle işlenebilen suçların tümünde geçerlidir ve icra edilen fiilin haksızlık teşkil ettiği hususundaki bilinç, kusur kapsamında mütalaa edilmelidir.<sup>25</sup>

Klasik ceza hukuku öğretisinde cari olan kast ve psikolojik kusur teorilerinin terk edilerek kusuru suçun yapısal unsurlarından dışlayan, haksızlık bilincinin kusurla ilişkili olduğunu söyleyen normatif kusur teorisinin kabul edilmesinde, aşağıda yer vereceğimiz Alman Federal Mahkemesi Büyük Ceza Kurulu'nun 18.03.1952 tarihli kararı etkili olmuştur.

22 **Artuç**, Mustafa, "Pratik-Açıklamalı Türk Ceza Kanunu", 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ekim 2017, Ankara, s.37.

23 **Hafizoğulları / Özen**, "Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler", s.281-282.

24 **Jescheck**, Hans-Heinrich, "Alman Ceza Hukukuna Giriş", Kusur İlkesi, Ulrich Sieber, Ceza Hukukunun Sınırları, Tercüme eden: Feridun Yenisey, Beta Yayıncılık, İstanbul 2007, s.40.

25 **Maurach**, Reinhart, "Schuld und Verantwortung im Strafrecht", Wolfenbütteler Verlagsanstalt KG., Wolfenbüttel-Hannover, 1948: Aktaran; **Göktürk**, "Haksızlık Yanılığının Ceza Sorumluluğuna Etkisi", s.16.

### 2.3. Alman Federal Mahkemesi Büyük Ceza Kurulu'nun 18.03.1952 Tarihli Kararı

Suç genel teorisinde; kusur olgusunu suçun yapısal unsurları çerçevesinden dışarı iten, kast ve taksir kavramlarını tipikliğin subjektif unsurları olarak ele alan, haksızlık bilincini kastın yapısından dışlayarak, kınanabilirlik ile ilişkilendiren normatif kusur teorisinin kabulünde etkili olan Alman Federal Mahkemesi Büyük Ceza Kurulu'nun 18.03.1952 tarihli kararı özetle şu şekildedir:

*"Kusur yargısının temeli, insanın özgür iradesidir. İnsan özgür iradeye sahip olması nedeniyle baklı olan davranış ile haksızlık arasında bir tercih yapma ve baklı olan davranış lehine karar verme, davranışlarını hukuk düzeninin gereklerine göre yönlendirebilme, hukuk düzeninin yasakladığı davranışlardan sakınma yeteneğine sahiptir. Fail haksızlık bilincine sahip ise ve özgür iradesi ile haksız olan davranışı tercih ediyor ise kusurludur. Fakat yasak yanılığısı failin kusurunu her zaman tamamen ortadan kaldırmaz. Fail davranışının hukuk düzeninin gerekleri ile uyumlu olup olmadığını sorgulamakla yükümlüdür. Fail bu husustaki şüphesini tefekkür etmek veya bir uzmana danışmak yoluyla bertaraf etmek zorundadır. Ayrıca fail vicdan muhasebesi yapmalıdır. Failden beklenen vicdan muhasebesinin ölçüsü, somut olayın koşulları ile onun sosyal ve mesleki çevresidir. Kastan işlenen bir suç haksızlık yanılığısı içerisinde işlenebilir. Yasak yanılığısı suç kastını ortadan kaldırmaz; kast varlığını muhafaza eder. Hukuka aykırılık bilinci ya da fiilin hukuka aykırılığının fail bakımından idrak edilebilir olması kusurun bir unsurudur. Kast teorisinin benimsenmesi sakıncalıdır. Bu teori, fiilin icrası sırasında failin bir haksızlık icra ettiğini bilmesini gerektirmektedir. Ancak bu, günlük yaşamın tecrübeleri ile örtüşmemektedir. Çünkü failin, heyecan veya galeyanın etkisi altında iken aniden verdiği bir kararla işlediği suçların sayısı hiç de azımsanır değildir. Böyle bir durumda fail, genellikle icra ettiği sırada fiilinin hukuka aykırılığı üzerinde düşünmemektedir. Dolayısıyla fiilin taksirle işlenen şekli suç olarak tanımlanmış değilse, failin cezasız kalma teblihesi ortaya çıkmaktadır. Oysa hukuka aykırılık bilincini kast kapsamında müतालaa etmeyen ve kasttan bağımsız olarak kusurun bir unsuru ola-*

*rak ele alması nedeniyle kusur teorisinde; yasak yanılığısı failin kastını ortadan kaldırmamakta; kast varlığını muhafaza etmektedir.*<sup>26</sup>

Görüldüğü üzere Alman Federal Mahkemesi tarafından kusurun haksızlığın yapısal bir unsuru olmadığı, haksızlık bilincinin de suçun manevi unsuru olan kast kapsamında değil kusurluluk bahsinde değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Böylece mahkemeye göre failin kaçınılmaz bir haksızlık yanılığısı içerisinde olması dış dünyada gerçekleşen vakıaların tipiklik kazanmasına engel teşkil etmeyecektir.

### 3. HAKSIZLIK HATASININ TÜRK HUKUKU ÖZELİNDE TARİHSEL GELİŞİMİ

#### 3.1. Mülga 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi

Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde; kanunda haksızlık hatasına ilişkin bir hüküm bulunmamaktaydı. Ancak 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 44. maddesinde; *“kanunu bilmemek mazeret sayılmaz”* şeklinde bir ibare bulunmaktaydı. Yani 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde *“error iuris nocet”* ilkesi kabul edilmekte, kanunların herkes tarafından bilindiği varsayılmaktaydı.

Yine bu dönemde Türk hukuk doktrininde; genel olarak fiili hata – hukuki hata ayrımı yapılmakta, hukuki hata da kendi arasında; ceza hukukunu ilgilendiren hukuki hata – ceza hukukunu ilgilendirmeyen hukuki hata şeklinde ikiye ayrılmaktaydı. Bu bağlamda; ceza hukukunu ilgilendiren hukuki hatanın mazeret teşkil etmeyeceği, ancak ceza hukukunu ilgilendirmeyen hukuki hatanın ise **kastı** kaldıracağı kabul edilmekteydi. Buna göre ceza hukukunu ilgilendiren hukuki yanılığı halinde 765 sayılı TCK m. 44'ün uygulanacağı, ceza hukukunu ilgilendirmeyen hukuki yanılığı halinde 44. maddede benimsenen *“error iuris nocet”* ilkesinin uygulanmayacağı belirtilmekteydi.<sup>27</sup>

Yargıtay, 765 sayılı TCK döneminde; haksızlık yanılığısı olduğu durumlarda, hukuki vasıflandırmayı yanlış yaparak, kast teorisinin etkisiyle meseleyi kast kapsamında mütalaa etmekte, haksızlık yanılığısının

26 **BGH v. 18.03.1952, GSSt 2/51**, BGHSt. 2, s.194-212: Aktaran; **Göktürk**, “Haksızlık Yanılığısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, s.16-18.

27 **Dönmezer**, Sulhi / **Erman**, Sahir, “Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku”, Beta Yayıncılık, Cilt: 1, 14. Baskı, İstanbul 1997, s.297-298.

kastı kaldırdığından bahisle beraat kararı verilmesi gerektiğini söylemekteydi.

Nitekim Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin 18.01.1951 tarihli, 10370/234 numaralı kararı; *“Seçim bittikten sonra muhafazası lazım gelen oy pusulalarını sanığın yakmasının, lüzum kalmadığı yolundaki kanaatinden ileri geldiğini müdafaa beyan eylemesine göre; bu müdafaa bilafında kastı cürmü takip ettiği hakkındaki sübut delilleri gösterilmeksizin mahkumiyet kararı verilmesi...”* şeklindedir.<sup>28</sup>

Yine Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 26.04.1977 tarihli, 1977/1530 Esas, 1977/1451 Karar numaralı kararı; *“Sanık savunmasında suç konusu afişlerin (Kırıl Fakat Kırılma) isimli filme ait olduğunu, filmin sansürden geçtiğini, sinemalarda gösterildiğini ileri sürdüğüne göre, adı geçen filmin Merkez Film Komisyonu'na oynatılmasına izin verilip verilmediği, izin verilmiş ise afişlerdeki sahnelerin filmde mevcut olup olmadığı, afişlerin film kontrol komisyonunca görülüp görülmediği hususları araştırılıp sonucuna göre eylemin kast yönünden suç teşkil edip etmeyeceğinin tayin ve takdiri gerekirken eksik soruşturma ile yazılı hüküm tesisi...”* şeklindedir.<sup>29</sup>

Belirtmek isteriz ki; 765 sayılı kanunun cari olduğu dönemde verilen yukarıdaki Yargıtay kararlarında; haksızlık bilincinin suçun oluşması ile ilişkilendirilmesi hatalıdır. Haksızlık bilinci suçun oluşmasına etki eden bir mesele olmayıp, oluşan suç dolayısıyla failin kınanabilirliği ile ilgili bir meseledir. Haksızlığın yapısını oluşturan tipiklik ve hukuka aykırılık unsurlarının gerçekleşmesi halinde suç oluşmuştur.<sup>30</sup> Suç genel teorisinde suçun oluşumu ile kusur arasında yer alan sınırın doğru çizilmesi son derecede önemlidir. Bu nedenle haksızlık yanılığının kastı bertaraf ettiği söylenemez. Haksızlık yanılığı olması halinde faile kusur izafe edilemeyecektir. Failin haksızlık yanılığı içerisinde olduğunun kabul

28 **Göktürk**, “Haksızlık Yanılığının Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, s.92.

29 **Göktürk**, “Haksızlık Yanılığının Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, s.92.

30 **Heinrich**, Bernd, “Ceza Hukuku Genel Kısımlar”, Cezalandırılabilirliğin Temel Esasları, Tamamlanmış ve Teşebbüs Edilen Suçlarda Suçun Yapısı, Genel Kısım-I, Çevirenler: Prof. Dr. Hakan Hakeri, Prof. Dr. Yener Ünver, Prof. Dr. Veli Özer Özbek, Doç. Dr. Özlem Yenerer Çakmut, Yard. Doç. Dr. Barış Erman, Yard. Doç. Dr. Koray Doğan, Yard. Doç. Dr. Ramazan Barış Atladı, Yard. Doç. Dr. Pınar Bacaksız, Araş. Gör. İlker Tepe, Editör: Prof. Dr. Yener Ünver, Adalet Yayınevi, 1.Baskı, Mart 2014, Ankara, s.73

edildiği hallerde suç oluşmuştur. Failin tipikliğin objektif unsurlarına yönelik bilgisi tamdır. Dolayısıyla, fail kasten hareket etmektedir. Ancak kusuru olmadığından dolayı kınanabilirliği yoktur.

### 3.2. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 4. maddesinin 1.fikrasında; *“ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz”* şeklinde hüküm bulunmaktadır. Yine kanunun yayımlandığı ilk şeklinde söz konusu 4.maddenin 2.fikrasında; *“ancak sakınamayacağı bir bata nedeniyle kanunu bilmediği için meşru sanarak bir suç işleyen kimse cezaen sorumlu olmaz”* denilmekteydi. Kanunun ilk şeklinde yer alan bu hüküm haksızlık yanlıgısı müessesesinin kanunda yer bulması açısından ilktir.

Ancak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 4. maddesinin 2. fıkrası, 29.06.2005 tarihli 5377 sayılı Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un<sup>31</sup> 1. maddesi ile madde metninden çıkarılmıştır.

Anılan 5377 Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 4. maddesi ile; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 30. maddesine; *“işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi cezalandırılmaz”* şeklinde 4. fıkra eklenmiştir.

5377 sayılı kanunla yapılan bu değişikliğin gerekçesi şu şekilde belirtilmiştir; *“30. maddeye dördüncü fıkra olarak eklenen bu hükümle, kişinin işlediği fiilden dolayı kusurlu ve sorumlu tutulabilmesi için, bu fiilin bir haksızlık oluşturduğunu bilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre, kişi, işlediği fiilin hukuken kabul görmez bir davranış olduğunun bilincinde olmalıdır. Kişinin işlediği fiilin haksızlık oluşturduğunu bilmesine rağmen, bunun kanunda suç olarak tanımlandığını bilmemesinin bir önemi bulunmamaktadır. Ceza hukuku bakımından sorumluluk için önemli olan, işlenen fiilin haksızlık oluşturduğunun bilinmesidir. Ancak, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususundaki hatasının kaçınılmaz olması halinde, kişi kusurlu sayılamaz. Hatanın kaçınılmaz olduğunun belirlenmesinde ise, kişinin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşulları göz önünde bulundurulur. Hatanın kaçınılabilir olması durumunda*

31 Kanun Kabul Tarihi: 29.06.2005, Resmi Gazete Tarihi: 08.07.2005, Resmi Gazete Sayısı: 25869.

*kişi kusurlu sayılacak ve bu husus, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır.*<sup>32</sup>

5237 sayılı TCK m. 30/4 hükmünde; işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi **“cezalandırılmaz”** denilerek; haksızlık yanılığının kast kapsamında değil, kusurluluk bağlamında değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Yine yukarıda yer verilen paragraftaki madde gerekçesinde de bu husus açıkça belirtilmiştir. Bu durum, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda yer alan suç genel teorisi sistematüğinde, normatif kusur öğretisinin benimsendiğinin kanıtıdır.

Bu bağlamda; kaçınılamaz haksızlık yanılığının varlığı halinde “be-  
raat” kararı değil, “ceza verilmesine yer olmadığı” kararı verilmesi gerekir. Nitekim haksızlık yanılığısı müessesesi kusurluluk mefhumu ile ilişkilidir. Ayrıca 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 223/3 (d) maddesinde *“kusurluluğı ortadan kaldıran hataya düşülmesi halinde, kusurun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir”* denilmektedir.<sup>33</sup>

Haksızlık yanılığısını düzenleyen kanun metnine bakıldığında kaçınılabılır haksızlık yanılığısı olması halinde ne olacağı düzenlenmemiştir. Ancak madde gerekçesinde; *“batanın kaçınılabılır olması durumunda kişi kusurlu sayılacak ve bu husus, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır”* denilmektedir.

Dolayısıyla haksızlık yanılığısının kaçınılabılır olması halinde failin kusuru ortadan kalkmamakta fakat azalmaktadır. Kısaca, kaçınılabılır haksızlık yanılığısı kınanabilirliği azaltmaktadır.<sup>34</sup>

32 **Artuk**, M.Emin / **Gökçen**, Ahmet / **Yenidünya**, A.Caner, “Gerekçeli Ceza Kanunları”, Adalet Yayınevi, 15. Baskı, 2014 Ankara, s.56.

Alman Ceza Kanunu’nun *Strafgesetzbuch (StGB)* 17.maddesinde de hukuki hata başlığı altında; “Fail, fiilin icrası sırasında haksızlık gerçekleştirme bilincine sahip değilse ve bu hatasından kaçınması da mümkün değilse, kusurlu hareket etmiş sayılmaz. Failin hatası kaçınılabılır bir hata ise ceza, 49/1’e göre indirilebilir” denilmektedir.(**Yenisey**, Feridun / **Plagemann**, Gottfried, “Alman Ceza Kanunu”, *Strafgesetzbuch (StGB)*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2009, s.17-18)

33 **Koca / Üzülmöz**, “Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler”, s.364; **Meraklı**, Serkan, “Ceza Hukukunda Kusur”, s.429; **Parlar**, Ali / **Hatipoğlu**, Muzaffer, “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler”, Seçkin Yayıncılık, 2.Baskı, Ankara 2010, s.251.

34 **Koca / Üzülmöz**, “Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler”, s.364; **Sözüer**, Adem, “Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza

Belirtmek isteriz ki; haksızlık yanılığının kaçınılabılır olması halinde cezanın belirlenmesine yönelik kuralın “madde gerekçesi” ile değil, TCK m. 30/4’e ekleme yapılarak kanunla düzenlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Bu durum, “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” ilkesinin bir gereğidir.<sup>35</sup>

#### 4. 5237 SAYILI TCK M.4 HÜKMÜ İLE TCK M. 30/4 HÜKMÜ ÇE- LİŞKİSİ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 4.maddesinde; “*ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz*” şeklinde bir hükme yer verip, diğer yandan m. 30/4’de “*işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi cezalandırılmaz*” şeklinde ifade bulan haksızlık hatası müessesesine yer verilmesi çelişki arz etmekte midir?

İfade etmek gerekir ki; kusur ilkesinin suç genel teorisinde ana eksene konumlandırıldığı bir sistemde kanunda “*error iuris criminalis nocet*” ilkesine yer verilmesi kabul edilebilir değildir. Zira, ceza kanunlarını bilmemenin mazeret olarak ileri sürülemeyeceği ön kabulü, klasik öğretinin hakim olduğu dönemde ortaya çıkan psikolojik kusur kavramının bir ürünüdür.

Kişinin icra ettiği fiilin hukuk düzenince haksızlık olarak nitelendirildiğini bilmemesi, kusurluluğunu etkileyen bir durumdur. Failin kusur yeteneğinin tam olduğundan bahsedebilmek için, haklı ve haksız ara-

Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi, 2015, s.38; **Göktürk**, “Haksızlık Yanılığının Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, s.141.

35 Bu duruma ilişkin olarak Prof. Dr. İzzet Özgenc; “TBMM’de yapılan çalışmalarda maddenin redaksiyonu sırasında karşılaşılan izah zorlukları dolayısıyla yanılığın sadece kaçınılmaz olması haline özgü bir hüküm konulmasının tercih edildiğini, bu tercihin bilinçli olarak yapıldığını, fıkra metninde bir hata olarak değerlendirilmemesi gerektiğini, bunun özellikle uygulamada bir eksiklik olarak hissedilmesi durumunda fıkra metnine yanılığın kaçınılabılır olması halinde hakime cezada indirim yapılması yönünde takdir yetkisi veren bir cümle eklenmesi yoluyla bu eksikliğin giderilebileceğini” belirtmektedir. (**Özgenç**, İzzet, “Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler”, s.457.) Konu ile alakalı; Alman Ceza Kanunu’nun *Strafgesetzbuch (StGB)* 17.maddesinde de hukuki hata başlığı altında; “Fail, fiilin icrası sırasında haksızlık gerçekleştirme bilincine sahip değilse ve bu hatasından kaçınması da mümkün değilse, kusurlu hareket etmiş sayılmaz. Failin hatası kaçınılabılır bir hata ise ceza, 49/1’e göre indirilebilir” denilmektedir. (**Yenisey**, Feridun / **Plagemann**, Gottfried, “Alman Ceza Kanunu”, *Strafgesetzbuch (StGB)*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2009, s.17-18.) Böylece Alman Ceza Kanunu’nun 17.maddesinde kaçınılabılır haksızlık yanılığının halinde cezada indirim yapıp yapılmayacağı hususunda hakime takdir selahiyeti verilmiştir.

sında sağlıklı olarak seçim iradesine sahip olması gerekir. İşte, iyi ve kötü arasında yapılacak ayırımın zedelenmemiş iradeye dayanabilmesi için, kişinin dış dünyada gerçekleştirdiği fiilin hukuk düzenince haksızlık olarak vasıflandırıldığını bilebilecek durumda olması gerekir. Bu nedenle, kurala yönelik yanılğı halini ifade eden haksızlık hatasının, kusuru etkilediği gerçeği karşısında, “ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz” hükmünün muhafazası yerinde olmayacaktır.

Ayrıca 5237 sayılı TCK’da “ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesine yer verilmesi, m.30/4’de düzenlenen haksızlık yanılğı kurumunun sadece ceza kanunları dışında yer alan kanunlar bakımından uygulanabilir olduğu yönünde hatalı bir değerlendirme doğurabilecektir.<sup>36</sup>

Kusuru, cezalandırılabilirliğin temel şartı olarak kabul eden “kusursuz ceza olmaz” ilkesi gereğince ve haksızlık yanılğına ilişkin m. 30/4 hükmünün hatalı olarak değerlendirilmesine yol açabileceğinden ötürü, 5237 sayılı TCK m. 4 hükmünün kaldırılması, modern ceza hukuku öğretisinin cari olduğu TCK’da normatif kusur kavramına dayanan suç genel teorisi sistematüğının korunması bakımından faydalı olacaktır.<sup>37</sup>

## 5. TİPKİLİĞİN OBJEKTİF UNSURLARINDA HATA – HAKSIZLIK HATASI AYRIMI

TCK m. 30/1 hükmünde tipikliğin objektif unsurlarında hata; *“fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten bareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır”* şeklinde tanımlanmıştır. “Unsur yanılğı” ve “fiil üzerinde hata” kavramları ile de ifade edilen tipikliğin objektif unsurlarında hata halinde; suçun maddi unsurlarına yönelik yanılğı söz konusudur. Bu nedenle de, unsur yanılğı halinde, suçu tanımlayan normun ikaz fonksiyonu işlev görememektedir.<sup>38</sup> Fiil üzerinde hata; dış dünyada gerçekleşen suça tipikliğini kazandıran olgulara yönelik hata iken; haksızlık hatası, norma yönelik yanılğıyı ifade etmektedir.<sup>39</sup>

36 **Göktürk**, “Haksızlık Yanılğısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, s.98.

37 **Koca / Üzülmöz**, “Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler”, s.365.

38 **Göktürk**, “Haksızlık Yanılğısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, s.73-74.

39 **Güngör**, Devrim, “Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata”, Yetkin Yayınları, 1.Baskı, Ankara 2007, s.24-25.



5237 sayılı TCK m. 21/1 hükmünde kast; “suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir” şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre kast; haksızlığa tipikliğini kazandıran objektif unsurların bilinmesi ve istenmesidir. Kastın varlığı için öncelikle, tipik haksızlığın objektif unsurlarının bilinmesi elzemdir. Kastın oluşumuna yol açan irade, haksızlığa tipikliğini kazandıran fiilin icra edilmesine yönelik karardır.<sup>40</sup>

Bu nedenle, fiil üzerinde hata olarak nitelendirilen, failin tipikliğin objektif unsurlarında yanılışı, kastı bertaraf eder mahiyette olduğu için suçun oluşması bahsinde değerlendirilmelidir.<sup>41</sup> Zira failin suçun maddi unsurlarına yönelik yanılışı, kastın bir koşulunu oluşturan “kanuni tanımdaki suçun maddi unsurlarını bilme” durumunu ortadan kaldırmak-

40 **Koca / Üzülmaz**, “Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler”, s.156-157 Ayrıca **Koca**: “kast bareketin bir parçasıdır. Hareket ise ancak belli bir amaca yönelik olarak icra edilen iradi bareketler olduğu için hareketin bir vaftı olan irade aynı zamanda kastı oluşturur. Bir başka deyişle gai, final (ereksel) hareket, kasti barekettir. Bunun dışında ayrıca kasta ait bir isteme unsurundan bahsedilmesi gerekmez” demektedir. Yine bkz: **Karakehya**, Hakan, “İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast”, Savaş Yayınevi, 1. Baskı, Nisan 2010, s.29.

41 Yargıtay’ın müstekar içtihatları da bu doğrultudadır: **(YCGK., 26.11.2013, 2013/14-517, 2013/514)** “Sanık ile mağdurenin aynı köyde ikamet ettikleri ve birbirlerini tanıdıkları, yaklaşık bir yıl süreyle de duygusal anlamda arkadaşlık yaptıkları sabit olan somut olayda, suç tarihi itibarıyla onbeş yaşın içerisinde olan sanığın, mağdurenin onbeş yaşından küçük olduğunu bilmemesinin hayatın olağan akışına uygun olmadığı, kaldı ki sanık ya da müdafinin hiç bir aşamada mağdurenin onbeş yaşından büyük olduğunu zannettiği veya mağdurenin kendisine böyle söylediği şeklinde savunmada bulunmadıkları göz önüne alındığında, sanık yönünden TCK 30/1’de düzenlenen kastı kaldıran hata halinin uygulanma şartları bulunmamaktadır.” (**Artuk**, Mehmet Emin / **Gökçen**, Ahmet / **Yenidünya**, Caner, “Türk Ceza Kanunu Şerhi”, 1. Cilt, Adalet Yayınevi, 2.Baskı, Ankara 2014, s.1039) (**Yarg. 14.CD., 08.04.2013, 2011/10368, 2013/4055**) “Dosyada bulunan onaylı nüfus kayıt örneğine göre 08.07.1991 doğumlu olup eylem tarihi itibarıyla 14 yaş 8 aylık olan mağdurenin sanık Nafiz ile birlikte kaçıp, rızası ile cinsel ilişkiye girdiği, mağdurenin sanıkla ilişkiye girmeden önce 18 yaşında olduğunu sanığa beyan ettiği, sanıkların da mağdurenin yaşının büyük olduğunu zannettikleri yönünde savunmada buldukları, mağdurenin UYAP aracılığıyla alınan nüfus kaydında 27.03.2009 tarihinde sanık Nafiz ile resmen evlendiği, evliliğin devam ettiği ve bir çocuklarının bulunduğu anlaşılması karşısında, TCK 30/1 maddesi hükümlerine göre kastı kaldıran hata halinin mevcut olup olmadığının tespiti için mağdurenin suç tarihi itibarıyla görünüm olarak 15 yaşından küçük olduğunun anlaşılıp anlaşılamayacağı, içinde buldukları sosyal ve kültürel durumları, sanıkların ulaşmak istediği amaç ve mağdurenin içinde bulunduğu sonuç da dikkate alınarak sanığın mağdurenin yaşı konusunda bataya düşmesinin mümkün olup olmadığı araştırılarak mahkemenin dosyadaki tüm verilerle birlikte kendi gözlemine de tespit edip, gerekirse bu konuda birliktesi incelemesi de yaptırılmak suretiyle tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre sanıkların hukuki durumunun tayin ve takdir gerektiren eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması...”(**age**, s.1045)

tadır. Unsur hatası içerisinde olan fail, tipikliğin subjektif unsurlarından birini teşkil eden kasta sahip değildir. Fakat unsur yanlılığı halinde taksirli sorumluluk hali saklıdır.

Haksızlık hatası durumunda ise kişi, tipikliğe objektifliğini kazandıran olguları bilmektedir. Suçun maddi unsurlarına yönelik bilgisi tamdır. Ancak, icra ettiği hareketin hukuk düzeni tarafından haksızlık olarak nitelendirildiğinin bilincinde değildir. Unsur yanlılığı, dış dünyada gerçekleşen ampirik vakıalara ilişkin bir hata iken, haksızlık yanlılığı norma yönelik değerlendirme sorunudur. Bu bağlamda, haksızlık yanlılığı, kastı kaldıracı etkiyi haiz olmayıp kusurluluk ile ilişkili bir meseledir. Haksızlık hatası içerisinde olan fail, pekala kasten hareket etmiş olabilir.<sup>42</sup>

## **6. KUSURLULUĞU ETKİLEYEN DİĞER HALLER İLE HAKSIZLIK HATASININ (TCK 30/4) BİRLİKTE BULUNMASI PROBLEMİ**

Kusurun bir unsuru olan algılama yeteneğinin varlığı, failin gerçekleştirdiği davranışın hukuk düzeni tarafından haksızlık olarak nitelendirildiğinin idrakı bakımından önem arz etmektedir. Bu husus fail zihninde oluşacak kaçınılabilirlik yargısı bakımından da önemlidir. Kişinin kaçınılabilirlik yargısına sahip olabilmesi için algılama yeteneğinin zedelenmemiş olması gerekir. Algılama yeteneği zedelenmiş bir kişi, haklı olan ile haksız olanı değerlendirmeye tabi tutamayacaktır. Yani algılama yeteneğine menfi anlamda etkide bulunan kusurluluğu etkileyen diğer nedenlerin bulunması halinde, TCK m. 30/4 hükmünde düzenlenen haksızlık yanlılığı müessesesinin tatbiki mümkün değildir.

Zira kusurluluğu etkileyen diğer hallerin (yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik gibi) mevcudiyeti halinde, kişinin haklı ile haksız olanı ayırt etme hususundaki rasyonel muhakeme yeteneği yara almış demektir. Bu durum, kişinin haksızlık yanlılığının kaçınılabilir olup olmadığını değerlendirmesini imkânsız kılmaktadır. Çünkü kusurluluğu etkileyen diğer nedenlerin varlığı halinde, failin haksızlığın idrakine varmasını engelleyen bir imkânsızlık hali vardır. Bu nedenle, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı gibi kusurluluğu etkileyen nedenlerin bulunması halinde, TCK m. 30/4 hükmü saf dışı kalacaktır. Kusurluluğu etkileyen

42 **Göktürk**, "Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi", s.71-77.

diğer nedenler ile haksızlık yanılığının telahuk etmesi mümkün değildir.<sup>43</sup>

## SONUÇ

Klasik ceza hukuku öğretilerinde benimsenen psikolojik kusur kavramı, kusuru suçun yapısal bir unsuru göyerek, kast ve taksiri kusurluluk türleri olarak nitelendirmektedir. Buna bağılı olarak şekillenen kast teorisi ise; kastın varlığı için, tipikliğe objektifliğini kazandıran suçun maddi unsurlarına yönelik bilgiyi yeterli görmemekte, bu bilginin yanı sıra, failin zihninde hukuka aykırılık bilincinin de olması gerektiğini söylemektedir.

Alman Federal Mahkemesi Büyük Ceza Kurulu'nun 18.03.1952 tarihli kararı ile de ifade edilen, modern suç genel teorisinin benimsediğı normatif kusur kavramı ise; kusurluluğı suçun yapısal unsurlarından dışlayarak, failin fiilinden dolayı kınanabilirliği ile ilişkilendirmiştir.

Failin ceza sorumluluğına gidilebilmesi için kusurlu olması şarttır. Kusur kınanabilirliktir. Kusurun ifade ettiğı değersizlik yargısı ile fail hukuka uygun davranmadığı, haklı olan lehine karar verebilme ve hukuka uygun davranma imkânına sahip olmasına rağmen haksız olan davranışı tercih etmesi nedeniyle kınanmaktadır.

Suç genel teorisinde suçun oluşması meselesi ile kusurluluk olgusu karıştırılmamalıdır. Bir yol üzerinde iki ayrı durağı ifade eden bu kavramlar arasındaki sınırın çizilmesi son derece önemlidir. Zira haksızlığın oluşumu için tipiklik ve hukuka aykırılık olgularının oluşması yeterlidir. Tipiklik olgusu; objektif ve sübjektif unsurlar içerdiği gibi, deskriptif ve normatif unsurlar da içerebilmektedir. Hukuka aykırı tipik fiilin gerçekleştirilmesiyle suç oluşmaktadır. İşte tam da bu sınırın ötesi, kusurluluk kavramını ifade etmektedir.

Kastın "*dolus malus*" olduğu şeklinde bir yaklaşım kabul edilebilir değildir. Tipikliğin sübjektif unsurunu oluşturan kastın varlığı için; haksızlığa tipikliğini veren objektif unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi yeterlidir. Nitekim kast, 5237 sayılı TCK m. 21/1'de; "*suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi*

43 **Göktürk**, "Haksızlık Yanılığının Ceza Sorumluluğına Etkisi", s.27.

*dir*” şeklinde tanımlanmıştır. Kastın içeriğinde yer alan bilme mefhumu, haksızlık yapısında yer alan tipikliğin objektif unsurları ile sınırlıdır. Bu nedenle, haksızlık bilinci kavramı, kusur ile ilişkili olup kastın bir unsuru olarak telakki edilemez. Çalışmamızda yer verdiğimiz Yargıtay kararlarında haksızlık hatasının kast kapsamında değerlendirilmesi, yanlış altlama faaliyeti sonucu hukuki teşhisin hatalı yapılmasının ürünüdür.

Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda haksızlık hatasına ilişkin bir hüküm bulunmamaktaydı. Ancak 765 sayılı TCK m. 44’de “*error iuris nocet*” ilkesi benimsenerek, *kanunu bilmemek mazeret sayılmaz* hükmüne yer verilmişti. 765 sayılı kanunun yürürlükte olduğu dönemde, Türk hukuk öğretisinde; fiili hata – hukuki hata ayrımı yapılmakta hukuki hata da kendi arasında ceza hukukunu ilgilendiren hukuki hata – ceza hukukunu ilgilendirmeyen hukuki hata şeklinde ikili tasnife tabi tutulmaktaydı. Buna göre, ceza hukukunu ilgilendirmeyen hukuki hata kastı bertaraf etmekte, ceza hukukunu ilgilendiren hata mazeret teşkil etmemekteydi. Yine bu dönemde Yargıtay, haksızlık yanılığısı olduğu durumlarda, meseleyi kast kapsamında mütalaa etmekte, haksızlık hatasının kastı kaldıracağını söylemekteydi.

5237 sayılı TCK’nın yürürlüğe girdiği ilk halinde haksızlık hatasına yer verilmemiş olup, 5377 Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 4.maddesi ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 30. maddesine; “*işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçılmaz bir hataya düşen kişi cezalandırılmaz*” şeklinde 4.fıkra eklenerek, haksızlık yanılığısı müessesesi ilk defa kanuni dayanak bulmuştur.

Bir yandan TCK m. 30/4 hükmü ile haksızlık yanılığısının kusurluluğu kaldıracağı kabul edilip, diğer yandan kanunda “*error iuris criminalis nocet*” şeklinde ifade edilen, *ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz* kabulüne yer verilmesi sistematik açıdan problem oluşturmaktadır. Suç genel teorisi sistematikliğini kusur ekseninde oluşturan ve normatif kusur kavramını benimsemiş kanunda ceza kanunlarını bilmemenin mazeret sayılamayacağına yönelik hüküm bulunması, klasik öğretinin kalıntısıdır.

TCK m. 30/1 hükmünde düzenlenen tipikliğin objektif unsurlarında hata (fiil hatası, unsur hatası) ile haksızlık hatası kavramları karıştırılmamalıdır. Unsur hatası fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki

maddi unsurların bilinmemesini ifade etmektedir. Bu bağlamda, unsur hatası içerisinde olan kişi, kasten hareket etmiş olmaz. Zira suçun maddi unsurlarına yönelik yanılğı kastı kaldırır mahiyettedir. Haksızlık hatası ise kişinin gerçekleştirdiği fiilinin, hukuk düzenince haksızlık olarak nitelendirildiğini bilmemesidir. Unsur hatası, maddi olgulara ve vakıalara yönelik iken haksızlık hatası, norma yöneliktir. Yine, tipikliğin objektif unsurlarına yönelik yanılğı kastı kaldırırken, kaçınılamaz haksızlık hatası içerisinde olan fail hakkında kınama yargısında bulunulamaz. Kaçınılamaz haksızlık hatası kusur ile ilişkili olup, kusuru bertaraf eder mahiyettedir.

Kusurluluğu etkileyen diğer hallerin (yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik gibi) bulunması halinde, kişinin içerisinde bulunduğu haksızlık yanılığının kaçınılabirliğinin tespiti imkansız hale gelmektedir. Bu nedenle, kusurluluğa etki eden diğer bir halin varlığı halinde, haksızlık yanılığsı değerlendirmesi yapılamayacaktır.

**KAYNAKÇA**

- Apaydın**, Cengiz, “Ceza Hukukunda Hukuki Hata”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 133, Eylül 2017, Seçkin Yayıncılık, Basım Yeri: Ankara.
- Artuç**, Mustafa, “Pratik-Açıklamalı Türk Ceza Kanunu”, 1.Baskı, Adalet Yayınevi, Ekim 2017, Ankara.
- Artuk**, M.Emin / **Gökçen**, Ahmet / **Yenidünya**, A.Caner, “Gerekçeli Ceza Kanunları”, Adalet Yayınevi, 15. Baskı, 2014 Ankara.
- Artuk**, Mehmet Emin / **Gökçen**, Ahmet / **Yenidünya**, Caner, “Türk Ceza Kanunu Şerhi”, 1. Cilt, Adalet Yayınevi, 2.Baskı, Ankara 2014.
- Centel**, Nur / **Zafer**, Hamide / **Çakmut**, Özlem, “Türk Ceza Hukukuna Giriş”, 7.Baskı, Beta, Kasım 2011, İstanbul.
- Değirmenci**, Olgun, “Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2014/110, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2014-110-1343> (Erişim tarihi: 06.08.2018)
- Demirbaş**, Timur, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, 10.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.
- Dönmezer**, Sulhi / **Erman**, Sahir, “Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku”, Beta Yayıncılık, Cilt: 1, 14. Baskı, İstanbul 1997.
- Göktürk**, Neslihan, “Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, 1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Aralık 2016, Ankara.
- Göktürk**, Neslihan, “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan Hukuka Aykırılık İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 1, 2016.
- Güngör**, Devrim, “Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata”, Yetkin Yayınları, 1.Baskı, Ankara 2007.
- Hafızoğulları**, Zeki / **Özen**, Muharrem, “Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler”, US-A Yayıncılık, 5.Baskı, 2012 Ankara.
- Heinrich**, Bernd, “Ceza Hukuku Genel Kısımlar”, Cezalandırılabilirliğin Temel Esasları, Tamamlanmış ve Teşebbüs Edilen Suçlarda Suçun Yapısı, Genel Kısım-I, Çevirenler: Prof. Dr. Hakan Hakeri, Prof. Dr. Yener Ünver, Prof. Dr. Veli Özer Özbek, Doç. Dr. Özlem Yenerer Çakmut, Yard. Doç. Dr. Barış Erman, Yard. Doç. Dr. Koray Doğan, Yard. Doç. Dr. Ramazan Barış Atladı, Yard. Doç. Dr. Pınar Bacaksız, Araş. Gör. İlker Tepe, Editör: Prof. Dr. Yener Ünver, Adalet Yayınevi, 1.Baskı, Mart 2014, Ankara.
- İçel ve diğerleri**, “Suç Teorisi”, 2.Bası Beta Yayıncılık, İstanbul 2000.

- Jescheck**, Hans-Heinrich, “Alman Ceza Hukukuna Giriş”, Kusur İlkesi, Ulrich Sieber, Ceza Hukukunun Sınırları, Tercüme eden: Feridun Yenisey, Beta Yayıncılık, İstanbul 2007.
- Karakehya**, Hakan, “İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast”, Savaş Yayınevi, 1. Baskı, Nisan 2010.
- Koca**, Mahmut / **Üzülmez**, İlhan, “Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler”, 10.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2017, Ankara.
- Meraklı**, Serkan, “Ceza Hukukunda Kusur”, Yayımlanmış doktora tezi, 1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ekim 2017, Ankara.
- Ozansü**, Mehmet Cemil, “Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Subjektif Sorumluluk”, 1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Kasım 2007, Ankara.
- Önder**, Ayhan, “Ceza Hukuku Dersleri”, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.
- Özgenç**, İzzet, “Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler”, 10.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2014, Ankara.
- Parlar**, Ali / **Hatipoğlu**, Muzaffer, “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler”, Seçkin Yayıncılık, 2.Baskı, Ankara 2010.
- Soyaslan**, Doğan, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.
- Soyer Güleç**, Sesim, “Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılgısı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 1, 2008, <http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/dergimiz10-1/3sesimsoyer.pdf> (Erişim tarihi: 06.08.2018)
- Sözüer**, Adem, “Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi, 2015.
- Yaşar**, Osman / **Gökcan**, Hasan Tahsin / **Artuç**, Mustafa, “Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu”, Cilt:1, 2.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Yenisey**, Feridun / **Plagemann**, Gottfried, “Alman Ceza Kanunu”, *Strafgesetzbuch (StGB)*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2009.
- Zafer**, Hamide, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, 5.Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.





## YENİ REJİMDE CUMHURBAŞKANINA HAKARET SUÇUNA YÖNELİK ELEŞTİREL BİR İNCELEME\*

Özge Demir\*\*

### ÖZET

Cumhurbaşkanına hakaret suçu isnad edilerek başlatılan soruşturmaların sayısı her geçen gün artmaktadır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesinde yer alan Cumhurbaşkanına hakaret suçunun lafzında hiçbir değişiklik yapılmamasına rağmen, bu suçu işlediği iddia edilen kişilerin sayısının bu hızla artması ülkemizin içinde bulunduğu politik kutuplaşma ile yakından ilgilidir.

Diğer yandan Cumhurbaşkanının özel bir düzenleme ile, sıradan kişilere ve kamu görevlilerine göre daha çok korunması kuşkusuz Anayasa'nın 101, 102, 103, 104, 105 ve 106. maddelerinde belirtilen Cumhurbaşkanının tarafsız kişiliğinden ve devlet başkanı olarak devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını sağlama görevinden kaynaklanmaktadır. Ancak bugün, halk oylaması ile seçilen, bir partiye üye olan, adeta devletin 'başkanı' hale haline gelen ve belli bir siyasi görüşün temsilcisi olan bir figürün ceza yasaları ile özel olarak korunması, muhalefete karşı siyasi bir baskı aracı haline gelmiştir.

Buna karşılık ifade özgürlüğünün esas olduğunu, hakaretin istisnai olduğunu ve dar yorumlanması gerektiğine dair Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin pek çok kararı bulunmaktadır. Bu kararlar göstermektedir ki, kişinin siyasi sorumluluğunun artması ile birlikte siyasi eleştire katlanma yükümlülüğü de artmaktadır ve demokrasi ancak bu yolla ilerlemektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, içtihatlarında Cumhurbaşkanına hakaret suçunun insan haklarını ihlal ettiğini ısrarlı bir şekilde vurgulamaktadır. Okuyacağınız metin, Cumhurbaşkanına hakaret suçunun derhal mevzuattan kaldırılması gerektiğini savunmaktadır.

\* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 26/08/2018. İlk hakem raporu tarihi: 02/09/2018. İkinci hakem raporu tarihi: 25/09/2018.

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

**Anahtar Kelimeler:** Cumhurbaşkanı Hakaret Suçu, Başkanlık Rejimi, İfade Özgürlüğü, Siyasi Eleştiri Hakkı, Suç Olmaktan Çıkarma

## **A CRITICAL ANALYSIS TO OFFENCE OF INSULTING THE PRESIDENT IN THE NEW REGIME**

### **ABSTRACT**

The number of investigations initiated by the offence of insulting the President has been increasing gradually. Even though the 299<sup>th</sup> article of the Turkish Penal Code (Law No. 5237) contains no amendment in elements of the insult, the rapid increase in the number of people alleged to have committed this crime is closely related to the political polarization in the country.

On the other hand, protection of the president by a special regulation more strictly than ordinary people and public officials arises from undoubtedly, the impartial personality of the president mentioned in Articles 101, 102, 103, 104, 105 and 106 of the Constitution and the as the head of state, towards to ensure the orderliness and harmonious of state organs. At the present time, protection of the President who is elected by popular vote, a member of political party, almost the 'president' of the state and a representative of a certain political opinion has become a mean of political oppression against the opposition.

On the other hand, there are many decisions of the European Court of Human Rights that the freedom of expression is the essence, the insult is the intrinsic and must be interpret narrowly. These decisions show that the more political responsibility a person had the more obligation to bear political criticism a person had to, and democracy only proceeds in this way. The European Court of Human Rights insistently emphasizes on its cases that the punishing people because of the offence against the President violated human rights. You will read, the text argues that the offence of insulting the President should be abrogated.

**Keywords:** Offence of Insulting the President, Presidential Regime, Freedom of Expression, Political Criticism, Decriminalization

## GİRİŞ

Cumhurbaşkanına hakaret suçu Türkiye'nin gündeminden hiç düşmemektedir. Her an, herkese, sosyal medyadan yaptığı paylaşımlar veya arkadaşlarıyla sohbet ederken dile getirdiği sözler nedeniyle Cumhurbaşkanına hakaret ettiği iddiasıyla soruşturma başlatılmaktadır ve pek çok kişi gözaltına alınmaktadır.

Adalet Bakanı olduğu dönemde Bekir Bozdağ, Adalet Bakanlığı'nın kovuşturma iznine bağlı olan Cumhurbaşkanına hakaret suçu kapsamında 2 Mart 2016 tarihine kadar 1845 dava izni verdiklerini açıklamıştır. Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü ise 2006 yılında 33 kişiye Cumhurbaşkanına hakaret ettiği iddiası ile dava açıldığını, ancak bu sayının 2015 yılında 1953 kişiye yükseldiğini not etmiştir. Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün açıklamış olduğu 2016 yılına ait istatistiklere göre, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesi kapsamında 2156 dosya karara çıkmıştır. Mahkemelerin verdiği karara göre 884 kişi beraat alırken, 544 kişi ceza almıştır ve 720 kişi hakkında ise hükmün açıklanmasının geriye bırakılmasına karar verilmiştir. Hükmün açıklanmasının geriye bırakılması kararının da henüz doğmamış bir ceza hükmü olduğunu kabul edersek; 2016 yılı içerisinde Cumhurbaşkanına hakaret suçu kapsamında açılan 2156 davada, 1604 kişiye ceza verilmiştir, yani açılan davaların %74'ü sanığın ceza alması ile sonuçlanmıştır. Anlaşılacağı üzere, bu oldukça yüksek bir orandır. Yine Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün açıkladığına göre 2016 yılında 4187 kişiye dava açılmıştır, bu kişilerden 150'si 18 yaş altındayken, 17'si yabancı uyrukludur. Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün 2017 istatistikleri incelendiğinde ise, karara bağlanan davalardaki ceza oranının ve Cumhurbaşkanına hakaret suçu kapsamında dava açılan kişi sayısının oldukça arttığına şahit olmaktadır. 2017 yılında 4069 davada 2099 mahkûmiyet kararı verilirken, 1660 kişi hükmün açıklanmasının geriye bırakılmasına karar verilmiştir. Yani, cumhurbaşkanına hakaret suçundan dolayı 2017 yılında verilen kararların %92'si ceza içermektedir.

2017 yılında ise 6033 kişi hakkında Cumhurbaşkanına hakaret ettiği iddiası ile hakkında dava açılmıştır<sup>1</sup>. Recep Tayyip Erdoğan'ın Cumhur-

1 Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün yayınladığı 5237 Sayılı TCK 299'dan 2017 yılında

başkanlığı yaptığı 2014 yılı ile 2017 yılı arasında 12.305 dava açılmıştır. Abdullah Gül'ün Cumhurbaşkanlığı yaptığı 2007 ile 2014 yılı arasında toplamda 858 dava açılmıştır<sup>2</sup>.

Yakın zamana bile baktığımızda Cumhurbaşkanına hakaret suçu ile ilgili pek çok soruşturmanın basına yansıdığına görmekteyiz. Örneğin, 18 Temmuz 2018 tarihinde CHP Genel Başkanı Kemal Kılıçdaroğlu'na, kendisine ait twitter hesabından bir karikatürü “Tayyipeler alemi” yorumuyla paylaşarak Cumhurbaşkanına hakaret ettiği gerekçesiyle soruşturma başlatıldı<sup>3</sup>. Yine, TKP üyesi olan S. Yılmaz haberlerden ve partisi TKP'nin açıklamalarından oluşan sosyal medya paylaşımları gerekçe gösterilerek Cumhurbaşkanına hakaret ettiği iddiasıyla tutuklandı ve 43 gün Gebze Cezaevi'nde kaldıktan sonra tahliye edildi<sup>4</sup>. Konuyla ilgili daha pek çok vahim örnek vermek mümkündür.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (“TCK”) 299. maddesinde yer

---

açılan davaların istatistiği için bkz. <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/Istatistikler/1996/2017TckAcilanDavaSucVeSanikSayisi.pdf>.

- 2 Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr> adlı internet sitesinde her yıl hangi madde kapsamında hangi demografik özelliklere sahip kişilere dava açıldığı veya hakkında karar verildiği konusunda kapsamlı bilgi verilmektedir. Bu sitede yayınlanan 5237 Sayılı TCK 299'dan 2006 yılında açılan davaların istatistiği için: [http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/Istatistikler/1996/ac\\_cik/2006%20ACILAN%20KARAR\\_CEZA/FORM10TCK\\_TUR\\_2006.pdf](http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/Istatistikler/1996/ac_cik/2006%20ACILAN%20KARAR_CEZA/FORM10TCK_TUR_2006.pdf);
  - Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün yayınladığı 5237 Sayılı TCK 299'dan 2015 yılında açılan davaların istatistiği için bkz. [http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/Istatistikler/1996/genel\\_tck\\_a%20C3%A7%C4%B1lan2015.pdf](http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/Istatistikler/1996/genel_tck_a%20C3%A7%C4%B1lan2015.pdf);
  - Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün yayınladığı 5237 Sayılı TCK 299'dan 2016 yılında verilen kararların istatistiği için bkz. <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/Istatistikler/1996/2016karartck.pdf>;
  - Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün yayınladığı 5237 Sayılı TCK 299'dan 2016 yılında açılan davaların istatistiği için bkz. <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/Istatistikler/1996/2016acilantck.pdf>;
  - Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün yayınladığı 5237 Sayılı TCK 299'dan 2017 yılında verilen kararların istatistiği için bkz. <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/Istatistikler/1996/2017Ozel-KanunKararaBaglananSucVeKarar.pdf>;
  - Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün yayınladığı 5237 Sayılı TCK 299'dan 2017 yılında açılan davaların istatistiği için bkz. <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/Istatistikler/1996/2017TckAcilanDavaSucVeSanikSayisi.pdf>.
- 3 ‘Kılıçdaroğlu'na Cumhurbaşkanına Hakaret Suçundan Soruşturma Açıldı’. Erişim Tarihi: 18/07/2018, <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/kilicdarogluna-cumhurbaskanina-hakarettensorusturma-acildi-40900601>
  - 4 ‘TKP üyesi Aynur Saim Yılmaz tahliye edildi’. Erişim Tarihi: 10/05/2018, <http://haber.sol.org.tr/turkiye/tpk-uyesi-aynur-saime-yilmaz-tahliye-edildi-237150>.

alan Cumhurbaşkanına hakaret suçunun maddi ve manevi unsuru 2005 yılından beri değişmedi ancak Cumhurbaşkanına hakaret suçu Erdoğan hükümetine muhalif insanlara baskı yapılması için bir araç haline geldi. Okuyacağınız metin öncelikle suçun siyasi boyutuyla Cumhurbaşkanına hakaret suçunu genel olarak değerlendirecek, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ("AİHM") söz konusu suça yaklaşımını, yeni hükümet sisteminde Cumhurbaşkanına hakaret suçuna nasıl yaklaşılması gerektiğini değerlendirecektir. Pek tabii, sonuç olarak Cumhurbaşkanına hakaret suçunun derhal mevzuattan kaldırılması gerektiğini savunacaktır.

## **I. Genel Olarak Türk Ceza Hukukunda Cumhurbaşkanına Hakaret Suçu**

5237 Sayılı TCK'da 299. maddesinde düzenlenen Cumhurbaşkanına hakaret suçu, TCK'nın 125. maddesinde yer alan hakaret suçu bitişiğinde veya bir unsuru olarak değil; Devletin egemenlik alametlerine ve organlarına karşı suçlar başlığında düzenlenmiştir. Kuşkusuz Cumhurbaşkanına hakaret suçu, kanun koyucu tarafından devlete karşı işlenmiş bir suç olarak görüldüğü için 3. bölümde ele alınmıştır.

Söz konusu madde "(1) Cumhurbaşkanına hakaret eden kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) (Değişik: 29/6/2005 – 5377/35 md.) Suçun alenen işlenmesi hâlinde, verilecek ceza altıda biri oranında artırılır. (3) Bu suçtan dolayı kovuşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır" şeklinde kaleme alınmıştır.

İnceleyeceğimiz suç bakımından elbette fail ve mağdurun özellikleri, suçun maddi ve manevi unsurları önem taşımaktadır. Ancak söz konusu suçun özellikle incelenmesinin sebebi suçun teknik suç tipi özelliklerinin açıklanması değil, suçun siyasi önemidir. Bu anlamıyla suçun kapsamı siyasi yanlarıyla birlikte ele alınıp incelenmiştir. Suçun teşebbüs, içtima veya iştirak için suçun özel görünüş biçimlerine değinilmemiştir.

Her şeyden önce bir kişiye Cumhurbaşkanına hakaret suçunu işlediğine dair isnatta bulunabilmesi için, Cumhurbaşkanının sadece seçilmiş olması yetmeyecek, usulüne uygun yemin etmesi gerekecektir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 02/04/1990 tarihli, 1990/9-84 Esas ve 1990/106 sayılı kararında: "Cumhurbaşkanının 156. maddedeki hükümlerin ko-

nusu olabilmesi için, salt seçim yeterli değildir. Zira, Anayasamızın 96. maddesine göre (1982 Anayasasının 103. maddesi) Cumhurbaşkanının görevine başlayabilmesinin için ön şartı, yemin etmiş bulunmasıdır” denmektedir. Cumhurbaşkanına hakaret suçunun oluşması için de mağdurun yeminini etmiş Cumhurbaşkanı olması gerekmektedir.

Bu suç tipinde mağdurun sıfatı özel bir önem taşımaktadır. 5237 Sayılı TCK’da genel olarak hakaret suçunu düzenleyen 125. maddede olmasına rağmen; aynı Kanunun devletin egemenlik alametlerine ve organlarının saygınlığına karşı suçlar’ başlıklı üçüncü bölümünün 299. maddesinde Cumhurbaşkanına hakaret suçu düzenlenmiştir. Suçun düzenlendiği bölümden de anlaşılacağı üzere, burada Cumhurbaşkanı sıfatının arkasında devletin saygınlığı, kişiliği korunmaktadır. Cumhurbaşkanına hakaret suçuna ilişkin Yargıtay 16. Ceza Dairesi’nin 22/06/2016 tarih ve 2016/1480 Esas, 2016/4444 Karar sayılı ilamında da bu suç ile devletin kişiliğinin korunduğu hususuna vurgu yapılmıştır. Söz konusu kararda şu ifadeler geçmektedir. “T.C. Anayasasının 104/1 maddesine göre, Cumhurbaşkanı devletin başıdır ve bu sıfatla Türkiye Cumhuriyeti’ni ve Türk Milletinin birliğini temsil eder. Bu nedendir ki Cumhurbaşkanına hakaret suçu, kişilere ve şerefe karşı suçlar içerisinde değil Devlete karşı işlenmiş suçlar bölümünde düzenlenerek Devleti temsil eden Cumhurbaşkanlığı makamının saygınlığının korunması amaçlanmıştır. Devlete karşı işlenen suçlardan bir kısmı mağdurunun makamını temsil eden gerçek kişi olmakla birlikte, devlete ilişkin hukuki yararın korunması, kişiye nazaran daha üstün tutulmuştur.”

Devlete ait herhangi bir menfaatin korunmasına yönelik bir yasak ya da emrin ihlali, devlet bakımından bir zarara yol açacaktır. Devletin hamili olduğu ya da devlete ait belli varlık ya da menfaatlerin ihlali durumunda suçun mağduru devlettir<sup>5</sup>.

Suç doğrudan doğruya Cumhurbaşkanı olan kişiye karşı işlenmekte ise de suçla korunan ve bu nedenle ihlal edilen hukuki değer devletin siyasal iktidar yapısıdır<sup>6</sup>. Cumhurbaşkanının iki vasfının (hem devletin başı hem insan olarak) nazara alındığı anlaşılmaktadır. Ceza himayesinin konusu Devlet kuvvetlerinin korunmasıdır<sup>7</sup>.

5 **KATOĞLU, Tuğrul;** “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 61 (2) 2012, s. 67.

6 **ÖZEK, Çetin;** Siyasal İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler, İstanbul, 1967, s. 10.

7 **EREM, Faruk;** “Cumhurbaşkanına Hakaret”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1991/1, s. 13.

Nitekim, suçun mağdurunun devlet olması, baskıcı bir anlayışın da uzantısıdır. Liberal döneme tepki olarak ortaya çıkan, bizim ceza yasasını da etkileyen despotik Rocco Yasası, bireyi dışlayıp, “ulus-devlet” anlayışı devleti kendine özgü hak sahibi “şahsiyet” sayarak, devletin korunması bahanesiyle, bireyin hak ve özgürlüğünü yok eden sistemi oluşturup, uygulanmıştır. Bu nedenle, korunan hukuksal yararın bireysel haklar olduğu anlayışının egemen olmasıyla, eski düşünce biçimleri değişmiş ve özellikle, devlete karşı siyasal sayılan suç tipleri, “suç olmaktan çıkartılmıştır” (*discriminazione*). Bu kapsamda “devlet” kendine özgü haklara sahip şahsiyet sayılmamaktadır. Bugünkü anlayışa göre, devlet, insan haklarını gerçekleştirmekle görevli ve yükümlü bağımlı iktidardır. Çağdaş devlet, saydam yönetimi, bilgilenmeyi, bireyin kendinin gelişimini, özgür düşünceyi, korkusuz yaşamasını güvenceye alan siyasal örgütlenmedir<sup>8</sup>. Cumhurbaşkanı hakaret suçunda korunan devletin menfaatidir, ancak burada devleti bireysel özgürlüklerin güvencesini sağlayan örgütlenme olarak ele almak gerekmektedir.

Cumhurbaşkanına hakaret suçu, fail yönünden bir özellik göstermez. Diğer bir deyişle cumhurbaşkanına huzurda veya -ihtilatlı olarak yokluğunda ya da alenen hakaret eden herkes bu suçun faili olabilir<sup>9</sup>.

TCK'nın 299. maddede Cumhurbaşkanı hakaret eden kişinin cezalandırılacağı ifade edilmiş ancak suçun maddi ve manevi unsuru ayırntılandırılmamıştır. Cumhurbaşkanı hakaret suçunun kapsamını, maddi ve manevi unsurunu anlamak için TCK 125. maddesinde yer alan hakaret suçunu incelemek gerekmektedir. Buna göre, birinin Cumhurbaşkanı hakaret etmesi için, Cumhurbaşkanı'nın onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat etmesi veya sövmesi gerekecektir.

Şeref “bireyin içinde yaşadığı ortamda sahip bulunduğu değeri oluşturan moral (dürüstlük, samimiyet ve benzeri), entelektüel (zeka, eğitim, terbiye vb.), fizik (sağlık, görünüş vb.) ve diğer niteliklerin bütünüdür<sup>10</sup>. Onur, şeref ve haysiyet, dahil olduğu toplumun gerekli saydığı

8 **ÖZEK, Çetin;** “1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı'na İlişkin Düşünceler”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 56, Sayı: 1-4, Temmuz 2011, s. 22.

9 **SINAR, Hasan;** “Cumhurbaşkanına Hakaret ve Devletin Egemenlik Alametlerini Aşağılama Suçları”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 10 Sayı: 27, 2015, s. 34.

10 **TOROSLU, Nevzat;** Ceza Hukuku Özel Kısım, 9. Baskı, Ankara, 2018, s. 104.

ahlaki ve niteliklere sahip olduğu ya da böyle kabul edildiği için kişiye verilen değeri ifade eder<sup>11</sup>.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 03/11/2009 tarihli, 2009/9-190 Esas ve 2009/253 sayılı kararında "...ne tür hareketlerin şeref ve itibarı ihlal edici olduğu, toplumda hâkim olan ortalama düşünüş ve anlayışa göre belirlenmelidir. Bunu tayinde ölçü bireyin özel duyarlılığı değildir." demek suretiyle, şeref ve itibarı zedeleyen ifadeleri tespit ederken, ortalama düşünüşün esas alınması gerektiğini belirtmiştir.

Söz konusu suç özel olarak cumhurbaşkanının sahip olduğu şerften ziyade onun temsil ettiği makam yani devletin manevi dokunulmazlığını korumaktadır. Bu nedenle sözü geçen fiil, devletin şahsiyetine karşı işlenmiş bir suç sayılmaktadır<sup>12</sup>.

Ancak TCK.'nın 299. maddesinin lafzından anlaşıldığı üzere, TCK 125/3-a'de yer alan kamu görevlisine karşı hakareten farklı olarak "Cumhurbaşkanına hakaret" suçunun oluşması için, suçun Cumhurbaşkanının görevinden dolayı işlenmiş olması şartı aranmamaktadır<sup>13</sup>. Söz konusu madde Cumhurbaşkanının kişiliğini bir bütün olarak korumuştur zira kanun koyucu adeta devletin kişiliği ile, Cumhurbaşkanının kişiliğini birleştirmiştir. "Ona yapılan hakaretin görevinden dolayı olup olmamasının bu suç açısından bir önemi bulunmamaktadır. Devlet Başkanlığı sıfat veya vazifesi ile alakalı saika lüzum yoktur<sup>14</sup>."

Söz konusu suç kapsamında bir kişinin, Cumhurbaşkanının sahip olduğu bu onur ve şeref saygınlığı rencide edebilecek şekilde sövmesi, somut bir fiil veya olgu isnad etmesi aranmaktadır. Doktrinde sövme ile somut bir fiil veya olgu isnad edilmesini iki seçimlik hareket ile suçun işlenmesini öngörüldüğü savunan yazarlar bulunmaktadır<sup>15</sup>. Halbuki, benim de katıldığım görüşe göre hakaret ve sövme suçları birbirinden farklı suçlardır. Hakaret suçunda, kişinin şerefine saldırı somut bir fiil

- 
- 11 **DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan;** Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku, 12. Baskı, İstanbul, 2012, s. 127.
  - 12 **ERMAN, Sahir;** Hakaret ve Sövme Suçları, 2. Baskı, İstanbul, 1989, s. 2.
  - 13 **GÜRDOĞAN, Özkan;** Hakaret Suçu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2012, s. 189.
  - 14 **EREM;** s. 19.
  - 15 **CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem;** Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul, 2017, s. 231.



veya olgu isnat etmek suretiyle gerçekleşecek olmasına rağmen, sövme suçunda kişinin şerefine saldırı somut bir fiil veya olgu isnadı biçiminde olmayan olumsuz değer yargılarında bulunmak veya sövmek suretiyle gerçekleşecektir<sup>16</sup>.

Maddi unsur olarak sayılan sövmeden anlaşılması gereken ise onur kırıcı, çoğu basmakalıp sözler söylemek, küfretmektir<sup>17</sup>. Sadece bir vasfından söz edilerek kötü bir niteliği veya huyu ifade eden sözlerle, örneğin “alçak”, “terbiyesiz”, “serseri”, “hırsız” “sahtekâr” denilmek suretiyle veya kişinin bedeni arızası ile ifade edilerek ya da bir hastalık izafe edilerek “kör”, “psikopat”, “frençili” denilmek suretiyle kişinin soyut olarak tahkir edilmesi söz konusudur<sup>18</sup>. Yakıştırılan nitelik mağdurun bedensel arızasına da ilişkin olabilir. Örneğin, bir kimse hakkında şaşı, topal, kambur demek suretiyle veya hastalık yakıştırmak suretiyle de bu suç işlenebilir<sup>19</sup>.

Bir diğer unsur ise somut bir olgu veya fiil isnadıdır. Burada fail mağdura belirli veya belirlenebilir bir eylem veya olgu isnat etmesiyle hakaret söz konusu olur<sup>20</sup>. Somut bir olgu veya fiil isnadında fail, mağdura zamanı, şekli, yeri belli olan bir olgu veya fiil isnad etmelidir. Suç sayılmayan ya da gerçek olmayan bir somut eylem ya da olgu isnadı da hakaret suçunun bu maddi unsurunu oluşturacaktır<sup>21</sup>.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 23/11/1992 tarihli ve 283/306 sayılı kararında<sup>22</sup> somut fiilin tanımını şöyle yapmıştır. “Fiilin muayyen sayılabilmesi için şahsa, şekle, konuya, yere ve zamana ilişkin unsurlar gösterilmiş olmalıdır. Ancak bu unsurların tamamının birlikte söylenmesi şart değildir. Sözlerin isnat edilen fiili belirleyecek açıklıkta bulunması

16 **HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem;** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, Ankara, 2010 s. 223-224.

17 **AZİZAĞAOĞLU, Bahattin/ARSLAN, Çetin;** Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, 2004, s. 572.

18 **PARLAR, Ali/HATIPOĞLU, Muzaffer;** Hakaret Suçları ve Tazminat Davaları, Ankara, 2008, s. 13.

19 **TOROSLU;** s. 117. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 20/02/1978 tarihli ve 11/56 sayılı kararında davalının davacı hakkında “bir bacağı sakat, inşallah sağlam bacağı da topal olur” diyerek yemin teklif etmemesini ‘topal bir şahsa, topal diye hitap edilmesini’ hakaret olarak sayılmıştır.

20 **YENİDÜNYA, Ahmet Caner/ALŞAHİN Mehmet Emin;** “Bireyin Şerefine Karşı Suçlar”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 68, Yıl: 2007, s. 50.

21 **ÖZEN, Mustafa;** “Hakaret Suçu ve İnternet Yoluyla İşlenmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 75, Yıl: 2008, s. 96.

22 Karara ulaşmak için bkz. **KAYANÇİÇEK, Murat;** Şerefe Karşı Suçlar, Ankara, 2008, s. 21.

yeterlidir. Çoğu zaman isnat edilen vakıanın hangi zaman ve yerde meydana geldiğinin belirtilmesi, madde tayini suretiyle hakaret suçunun oluşması için yeterli olmaktadır.”

“Somut bir fiil veya olgu isnadı” her şeyden önce “doğruluğu ispatlanabilir” bir oluşturdur<sup>23</sup>. İsnadın doğruluğunun ispatlanabilir olmasından başka, gerçek olup olmaması, herkesçe bilinip bilinmemesi ya da suç oluşturup oluşturmaması önemsizdir<sup>24</sup>.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 27/10/2009 tarihli, 2009/9-190 Esas ve 2009/253 sayılı kararında “Bu suçla Cumhurbaşkanlığının fonksiyonları değil, Cumhurbaşkanının şeref varlığı korunmaktadır. Genel hakaret ve sövme suçlarında olduğu gibi, Cumhurbaşkanına hakaret ve sövme suçunun oluşması için de; onun sosyal değeri konusunda kendisinin veya toplumun sahip olduğu düşünce ve duyguları sarsıcı fiil veya sıfatlar isnat veya izafe edilmelidir. Ne tür hareketlerin şeref ve itibarı ihlal edici olduğu, toplumda hakim olan ortalama düşünüş ve anlayışa göre belirlenmelidir, bunu tayinde ölçü bireyin özel duyarlılığı değildir, bu itibarla basit bir saygısızlık hakaret ve sövme olarak nitelendirilemez.” demiştir.

Hakaret suçunun manevi unsuru ise genel kasttır. Bu kapsamda suçun işlenmesi için özel kast ve tahkir edici saik aranmaz. Bu suçun oluşması kastın varlığına bağlı olduğundan ve de kast, suçun kanuni tanımındaki unsurları bilerek ve istenerek gerçekleştirmesi olduğundan (TCK m. 21/1) failin tahkir edici eylemi gerçekleştirdiğini bilmesi ve isteme iradesinin varlığı yeterlidir<sup>25</sup>.

Sövme doğrudan bir kişiye sinkaflı sözler söylemek olarak algılansa da bazen hakaret ile sövme arasındaki farkın azaldığı örneklerle karşılaşmak mümkün. Hakaret ve sövme arasındaki farkı anlamak için ise şu örnek verilebilir: bir kişi için “Rüşvetçinin tekidir” yakıştırması soyut bir isnat sayılır ve sövme olarak değerlendirilebilir. Halbuki “Şu iş için

23 **TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK Murat Rıfat**; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 15. Baskı, Ankara, 2017, s. 419.

24 **ÖNDER, Ayhan**; Ceza Hukuku Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul, 1994, s. 240.

25 **ÇALIŞIR, Aydemir Ayfer/ÇALIŞIR, Kurtuluş Tayanç**; Teoride ve Pratikte Hakaret Suçları, 2. Baskı, Ankara, 2016, s. 36.

rüşvet aldı” demek bir fiil, “Dairesindeki rüşvet çarkının içinde yer alıyor” ifadesi ise olgu isnadıdır<sup>26</sup>.

Belirtmek gerekir ki TCK 125. maddesinde yer alan hakaret suçunun aksine Cumhurbaşkanına hakaret suçunun işlenebilmesi için yüzüne karşı veya gıyabında suç teşkil eden ifadenin söylenmesi aranmamaktadır. Bu halde, birinin sokakta yürürken Cumhurbaşkanı hakkında arkadaşına söylediği sözler Cumhurbaşkanına hakaret suçunun konusu olabilecektir. Eylemin yüze karşı ya da yoklukta işlenmesi arasında fark yoktur. Gıyapta hakarettin varlığı için belirli sayıda kişiyle ihtilat ögesi aranmadığından, failin bir kişinin duyabileceği şekilde yoklukta hakaret etmesi halinde suç oluşur<sup>27</sup>.

Söz konusu suç yazı, işaret, karikatür aracılığıyla aleniyet unsurunu barındırmadan, tek bir kişinin bilmesi bile yeterli sayılarak oluşabilecektir. Ancak basın yoluyla işlenmesi hali, TCK’nın 299. maddesinin 2. fıkrasına göre suçun cezasını ağırlaştıran bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.

Hareketlerden somut bir fiil veya olgu isnadının, diğer hareket olan sövmeye göre haksızlık içeriğinin daha fazla olduğu için Kanunda her iki fiil için aynı ceza miktarının öngörülmesi yerinde olmamıştır<sup>28</sup>.

Diğer yandan Cumhurbaşkanına ‘bankadan yüz milyon Türk lirası çaldı’ diyerek somut bir fiil isnadı ile hakaret suçunu oluşturduğunu söylemek mümkündür. Benzer şekilde, Cumhurbaşkanına ‘Hırsız’ ve ‘Katil’ demek yine somut bir olgu isnadı içermediğinden dolayı sövmeye yoluyla hakaret içerdiğini söylemek mümkündür. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus gerçekten somut olarak Cumhurbaşkanına hırsızlıkla mı suçlandığı yoksa Cumhurbaşkanı olmasından dolayı siyasi bir sorumluluk mu atfedildiğidir. Bilindiği üzere, ilgili slogan bir dönem pek çok kişi veya grup tarafından dile getirilmekteydi<sup>29</sup>.

26 **KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan;** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, 2016, s. 435.

27 **YAŞAR, Osman/GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa;** Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 6. Cilt, 2. Baskı, Ankara, 2014, s. 8628.

28 **ARTUK Mehmet Emin/GÖKCEN Ahmet/YENİDÜNYA A. Caner;** Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Ankara, 2013, s. 480.

29 TMMOB İzmir tarafından, AKP hükümetinin Torba Yasa hazırlığına yönelik tepki göstermek amacıyla 12 Şubat 2015 tarihinde Alsancak Kıbrıs Şehitleri Caddesinde gerçekleştirilen basın

Kuşkusuz kimse Cumhurbaşkanı'ndan doğrudan hırsızlık yapmakla veya birini öldürmekle suçlanmamıştır. Recep Tayyip Erdoğan'ın başbakanlık ve devamında Cumhurbaşkanlığı yaptığı dönemde Soma'da 301 kişinin öldüğü maden kazası, Gezi Parkı direnişçilerinin ölmesi ve 17-25 Aralık soruşturmaları gibi kamuoyunca tartışma yaratan ve pek çok olay gerçekleşmiştir. Bu sebeple kimi muhalif gruplar söz konusu ifadeleri iktidar partisini ve Recep Tayyip Erdoğan'ı ülkede gerçekleşen olaylardan doğan sorumluluğu nedeniyle eleştirmek için kullanmıştır.

Bu durum bizi, söz konusu ifadenin, kabul edilebilir bir siyasi eleştiri mi yoksa hakaret olarak mı değerlendirilmesi gerektiği sorusu ile başa bırakmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi, içtihatları ile Cumhurbaşkanı'na hakaret suçu ile ifade özgürlüğü arasındaki dengenin demokratik bir toplumda nasıl olması gerektiği konusunda yerel mahkemelere bir çerçeve çizmektedir. Gerçekten de AİHM'in ulusal mahkemelere çizdiği çerçeve, pek çok olayda Cumhurbaşkanı'na hakaret suçu teşkil eden ifadenin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaktadır.

## II. İfade Özgürlüğü ve Cumhurbaşkanı'na Hakaret Suçu

Cumhurbaşkanının hukuken özel olarak korunması çok eskiden beri var olan bir uygulamadır. Cumhuriyet sonrası geç dönem Roma İmparatorluğu'nda imparatorlar, cumhuriyet rejimine yönelik özelemleri yok etmek üzere kendi şahsiyetlerini devlet ile bütünleştirmek suretiyle, kendilerine yönelik her eleştirinin devlete karşı işlenen bir suç olarak kabul edilmesini sağlamışlardır. Aynı eğilim, daha dar kalıplar içerisinde olmakla birlikte, Orta çağ dönemi krallıkları tarafından da

---

açıklamasından sonra 'Hırsız, Katil Erdoğan' şeklinde slogan atılmıştır. Bu nedenle dönem sözcüsü Melih Yalçın ve oda üyesi Devrim Cem Erturan hakkında Cumhurbaşkanı'na Hakaret suçunu işlediklerinden bahisle dava açılmıştır. Mahkeme Cumhurbaşkanı'nın söylem ve icraatlarına karşı politik eleştiri amacıyla söz konusu sloganın atıldığını ifade ederek, sanıklar hakkında beraat kararı vermiştir. <https://www.evrensel.net/haber/341165/hirsiz-katil-erdogan-sloganina-beraat>. Yalova Birleşik Haziran Hareketi'nden yaklaşık 100 kişi, 13 Mayıs 2015'te Soma'daki iş cinayetini protesto etmek üzere bir yürüyüş düzenledi. Söz konusu yürüyüşte, "Hırsız, katil Erdoğan" sloganını atmaları ve bu yolla "Cumhurbaşkanına hakaretten" ile yargılanan 8 kişi hakkında beraat kararı verilmiştir. [http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/siyaset/489681/Hirsiz\\_katil\\_Erdogan\\_sloganina\\_beraat.html](http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/siyaset/489681/Hirsiz_katil_Erdogan_sloganina_beraat.html). Komünist Parti "Komünist Parti o 'suça' ortak Hırsız Katil Erdoğan" başlıklı bir açıklama yapmıştır. <https://www.kp.org.tr/tr/basin-aciklamalari/hirsiz-katil-erdogan> gibi daha pek çok örnekte söz konusu sloganın muhalif kişiler ve gruplarca kullanıldığı görmek mümkündür.

kabul edilmiş ve hatta feodal dönemde kapsamı iyice genişletilerek, doğrudan feodal otoriteye yönelmeyen bazı suçlar dahi bu kategoride değerlendirilmiştir<sup>30</sup>.

765 sayılı mülga TCK'nın 158. Maddesinde ve 5237 Sayılı TCK'nın 299. maddesinde bulunan Cumhurbaşkanı hakaret suçu hükmü krallık dönemlerinin kalıntısı olarak devam etmektedir<sup>31</sup>. Nasıl ki kral ülkenin temsilcisi ise, cumhurbaşkanı da devletin temsilcisi haline gelmiştir. Pek tabii, kralın sahip olduğu pek çok yetkiye artık cumhurbaşkanı sahip değildir. Ancak yine de devletin kişiliği ile bütünleşen Cumhurbaşkanının kişiliğinin korunması amacıyla ceza hukukunda Cumhurbaşkanı hakaret suçuna yer verilmiştir.

AIHM, Cumhurbaşkanı hakaret suçunun uygulanışındaki farklılıkları gözeterek, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ("AİHS") taraf olan devletlerin Sözleşme'nin 10. maddesinde<sup>32</sup> yer alan ifade özgürlüğü kapsamında söz konusu maddeye yaklaşımına dair bir çerçeve çizmeye çalışmıştır.

AIHM ifade özgürlüğünün kapsamını 07/12/1976 tarihli 5493/72 başvuru numaralı Handyside v. Birleşik Krallık kararında 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 toplumun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz<sup>33</sup>."

30 **SINAR, Hasan**; "Cumhurbaşkanına Hakaret", s. 30.

31 **EREM**; s. 21.

32 AİHS'nin İfade Özgürlüğü başlıklı 10. maddesi şöyledir:

1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.
2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.

33 AIHM, Handyside v. Birleşik Krallık, No: 5493/72, Karar Tarihi: 07/12/1976, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57499>.

AIHM aynı anlayışı ifade özgürlüğü kapsamındaki tüm davalarda uygulamıştır. Bu madde kapsamında güvence altına alınan haklar, ifade özgürlüğü, görüş sahibi olma özgürlüğü, bilgi ve görüşü alma, verme ve yayma özgürlüğüdür<sup>34</sup>.

### A. İfade Özgürlüğü ve Siyasetçiye Hakaret Edilmesi

Özel olarak siyasetçiye hakaret edilmesi konusunu ilk kez 08/07/1986 tarihli ve 9815/82 başvuru numaralı Peter Michael Lingens v. Avusturya davasında incelenmiştir. Lingens 1979 yılında Profil adlı dergide yayımlanan iki ayrı yazısında Avusturya Başkanı Kreisky'nin Nazi faaliyetleri olan bir parti ile koalisyon kurmasını 'oportünizmin en aşağılığı', 'ahlak dışılık', 'şerefsizlik', 'siyasi ahlaktan yoksunluk' kelimelerini kullanarak eleştirmiştir. Avusturya Mahkemeleri, Lingens'i başbakana hakaret ettiği gerekçesiyle para cezasına mahkum etmiştir. Başvurucu söz konusu kararı AIHM'e taşımıştır. AIHM, ifade özgürlüğünün sadece sözleşmenin 10. (2) fıkrasının sınırları içinde yalnızca hoşça giden veya ilgilenmeye değmeyen ifadelerin değil, rahatsız edici, çarpıcı, sarsıcı ifadelerin de koruma altında olduğuna değinmiştir. Mahkeme iki hususun daha önemine değinmiştir. Bunlardan ilki, başvurunun gazeteci kimliğidir. Gazetecilerin her alandaki bilgi ve fikirleri halka iletmek gibi bir görevi, halkın da bilgi edinme hakkı bulunmaktadır. Basın özgürlüğü, aynı zamanda siyasi kişiliklerin düşüncelerini ve faaliyetlerini eleştirme, kamuoyunda tartışma yaratma imkanı verir ki, bu da demokratik toplumun en önemli unsurudur. Bir siyasetçiye yönelik eleştirilerin sınırı, sıradan bir vatandaşa yöneltilen eleştirilerin sınırlarından çok daha geniştir. Üstelik söz konusu ifade bir gazeteci tarafından bir siyasetçiye yöneliyorsa eleştirilerin sınırları daha da genişlemektedir. Dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise, ifadelerin yazıldığı dönemin koşullarıdır. Başvurucunun Kreisky'e karşı kullandığı ifadeler Kreisky'nin itibarını zedeler görünmektedir. Ancak tartışma konusu ifadeler, seçim sonrası siyasal tartışma ortamı içerisinde ele alınmalıdır. Yazının yazıldığı dönemde, Kreisky'nin partisinin çoğunluğunu kaybederek koalisyon hükümeti kurmak zorunda kalacağı düşünülmektedir. Bu durum eleştirilmiş, Baş-

34 DOĞRU, Osman/ NALBANT, Atilla; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama Ve Önemli Kararlar 2. Cilt (İHAS 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 Ek Protokol 1-1, 1-2, 1-3 maddeler), 1. Baskı, İstanbul, 2013, s. 183.

bakan da söz konusu partinin liderini savunmuştur. Bu tartışma ortamında Lingens, Başbakanı eleştirmek için ahlak dışılık, oportünizmin en aşağılığı, şerefsiz gibi ifadeleri kullanmıştır. Mahkeme, söz konusu ifadelerin gazetecinin haber verme değil ama siyasileri eleştirme hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine ve başvurusunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine hükmetmiştir<sup>35</sup>.

AİHM aynı ilkeleri 23/05/1991 tarihli ve 20834/92 başvuru numaralı Oberschlick v. Avusturya kararında da uygulamıştır. Başvuruya konu olayda Avusturya Özgürlük Partisi lideri ve vali olan Haider, 1991 tarihinde yapmış konuşmasında 2. Dünya Savaşı'na katılan herkesin barış ve özgürlük için savaştığını, fikir özgürlüğünün sadece bu savaşa katılanlara uygulanması gerektiğini söylemiştir. Oberschlick editörlüğünü yaptığı dergide Vali Haider'in bu konuşmasını eleştirmiştir. Eleştirilerini dile getirdiği makalenin başlığı ise '*Trottel*'dir. Söz konusu ifadenin Almanca'da 'ahmak, gerizekalı, idiot' gibi karşılığı bulunmaktadır. Viyana Mahkemeleri Oberschlick'i suçlu bulur ve para cezasına verir. Bunun üzerine başvuru davayı AİHM'e taşır. AİHM ise, Vali Haider'in konuşmasının tahrik edici olduğunu ve tepki yaratma amacı taşıdığına dikkat çeker. AİHM, söz konusu yazının tahrik edici bir konuşmaya yönelik yapılan sert bir açıklama olarak değerlendirmesi gerektiğini, konuşma ile makale arasında bir denge olduğunu, '*Trottel*' kelimesinin ise Vali Haider'in konuşmasında geçen iddiaların ne kadar ölçsüz olduğuna dikkat çekmek için kullandığına değinmiştir<sup>36</sup>. Söz konusu konuşma açıkça kışkırtmaya yöneliktir ve bu nedenle kural olarak, gerçeğin teşhiri olarak algılanmaması gerektiğini belirtmiştir<sup>37</sup>.

AİHM'in 28/12/2000 tarihli ve 37698/97 başvuru numaralı Lopes Gomes da Silva v. Portekiz kararı şöyledir: Gazeteci Silva, belediye başkan adayı olan Resende'nin siyasi söylemlerini 'gülünç', 'soyтары' ve 'kaba' gibi ifadeler ile eleştirmiştir. Başvurucu bu ifadeler dolayısıyla Portekiz Mahkemeleri tarafından cezalandırılmıştır. AİHM ise, söz konusu ifadelerin Resende'nin kamuya mal olmuş kişilere, o kişilerin fiziksel

35 AİHM, Lingens v. Avusturya Davası, No: 9815/82, Karar Tarihi: 08/07/1986, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57523>.

36 AİHM, Oberschlick v. Avusturya Davası, No: 11662/85, Karar Tarihi: 23/05/1991, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57716>.

37 **TEZCAN Durmuş**; Avrupa'da Düşünce Özgürlüğü, Ankara, 2002, s. 14.

özelliklerini de kullanarak saldırması sonrasında kullanıldığına dikkat çekmiştir. AİHM ifadenin ortaya çıktığı koşullar değerlendirilerek, başvurunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini belirtmiştir<sup>38</sup>.

AİHM içtihadı sarf edilen hakaret içerikli ifadeler konusunda, devlet başkanlarının diğer insanlardan daha ayrıcalıklı tutulamayacağını hiçbir şüpheye bırakmayacak bir şekilde öngörmektedir<sup>39</sup>. Buna dair yaklaşımını 25/06/2002 tarihli ve 51279 başvuru numaralı Colombani ve Diğerleri v. Fransa kararında dile getirmiş ‘devlet başkanlarına yönelik özel bir korumanın’ gereksiz olduğunu belirtmiştir. Söz konusu olayda Başvurucu Fas Kralı’na hakaret ettiği ve bu yolla, Fransa Devleti’nin 1881 tarihli Basın Özgürlüğü Yasası’nın 36’ncı maddesini ihlal ettiği gerekçesiyle cezalandırılmıştır. Mahkeme, yabancı devlet başkanına yönelik hakaret edildiği iddia ediliyorsa, onların da herkes için öngörülen başvuru yollarını kullanabileceğini, ayrıcalıklı bir korumadan yararlanamayacağını söylemiştir<sup>40</sup>.

AİHM’in Cumhurbaşkanı hakaret suçu ile ilgili Türkiye hakkında vermiş olduğu 22/05/2005 tarihli ve 35839/97 başvuru numaralı Pakdemirli v. Türkiye kararı da bulunmaktadır. Başvurucu Cumhurbaşkanı Süleyman Demirel’e ‘yalancı’, ‘iftiracı’, ‘dar kafalı’, ‘Çankaya’nın şişmanı’ ve ‘lastiklerin patlasın’ demiştir. Başvurucu Cumhurbaşkanı yönelik olarak söz konusu ifadeleri kullandığı için yerel mahkeme, başvurucuya 1995 tarihinde 87,353 Amerikan Doları manevi tazminata hükmetmiştir. AİHM söz konusu ifadelerin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiş ve diğer kararlarından farklı olarak ifadenin gerçekten de hakaret içermesi halinde dahi, devletin verilen cezanın orantılı ve ölçülü olmasına dikkat etmesi gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca Mahkeme Colombani davasında olduğu gibi, Cumhurbaşkanı’nın özel bir yasa ile korunmasını ve mağdurun Cumhurbaşkanı olması dolayısıyla sanığın daha fazla ceza almasını haksız bulmuştur<sup>41</sup>.

38 AİHM, Lopes Gomes da Silva v. Portekiz Davası, No: 37698/97, Karar Tarihi: 28/12/2000, <https://www.legal-tools.org/doc/858205/pdf/>.

39 AKDENİZ, Yaman/ALTIPARMAK, Kerem; “TCK 299 Olmayan Hükümün Gazabı mı?”, Güncel Hukuk Dergisi, Ekim 2015 s. 43. Makaleye ulaşmak için bkz. [http://cyber-rights.org.tr/docs/Guncel\\_Hukuk\\_TCK\\_299.pdf](http://cyber-rights.org.tr/docs/Guncel_Hukuk_TCK_299.pdf).

40 AİHM, Colombani ve Diğerleri v. Fransa Davası, No: 51279, Karar Tarihi: 25/06/2002, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-60532>.

41 AİHM, Pakdemirli v. Türkiye Davası, No: 35839/97 Karar Tarihi: 22/02/2005, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-124320>.



## B. İfade Özgürlüğü ve Eleştiri Hakkı

AİHM'in bu konuda vermiş olduğu 26/06/2007 tarihli 75510/01 sayılı Artun ve Güvener v. Türkiye kararında da yine, başvurusunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. Başvuruya konu olayda Meral Tamer Artun 20 Ağustos 1999 ve 24 Ağustos 1999 tarihli Milliyet gazetelerinde "Enkazın baş sorumlusu kim?" ve "7.4'lük deprem Demirel'i sarsmaz!" başlıklı yazılar yazmıştır. Başvurucu söz konusu yazılarda 17 Ağustos 1999 depreminin sorumlularını özellikle de Cumhurbaşkanı Süleyman Demirel'i eleştirmiştir. Ulusal Mahkeme Gazeteci Meral Tamer Artun ve Milliyet gazetesi yazı işleri müdürü Eren Güvener'e basın yoluyla Cumhurbaşkanı'na hakaret ettiğine hükmederek 970.000.000 TL para cezası verilmiştir. AİHM, bir gazetecinin, kamuoyunda sarsıcı etki yaratan bir olay hakkında bir siyasetçilere yönelik eleştirilerini kaleme aldığı, söz konusu olayın tartışılmasında kamu yararı bulunduğunu, yazının eleştiri sınırları içerisinde olduğunu belirtmiştir. AİHM hükmün devlet başkanlarına karşı hakaret niteliğindeki açıklamaların yazarlarına daha fazla ceza verilmesini öngören bir hüküm olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle, AİHM'in hem basın mensuplarına söz konusu cezaların uygulanmasına ilişkin yerleşik içtihadından doğan genel ilkelere hem de politik konuşma alanındaki içtihadına aykırı olduğu değerlendirilmiştir<sup>42</sup>.

AİHM benzer yaklaşımını yakın zamanda verdiği dört kararda da sürdürmüştür. 15/03/2011 tarihli ve 2034/07 başvuru numaralı Otegi Mondragon v. İspanya kararında, İspanya Kralı Juan Carlos Bask bölgesini ziyaret etmiştir, başvuru da Sozialista Abertzaleak grubunun sözcüsü olarak basın toplantısında Kralın ziyaretini eleştirmiştir. Mahkeme söz konusu kararında, önceki kararlarından farklı bir ayrıma işaret etmiştir. Mondragon elektrik santrali açılışının Kral ile yapılmasını 'Kral İspanyol ordusunun başkomutanıyken, başka bir deyişle işkencecilerin şefiyken, işkenceyi savunurken ve monarşi rejiminin işkence ve şiddetle halkımıza kabul ettirmeye çalışırken, nasıl oluyor da bugün Bilbao'da İspanya Kralı ile fotoğraf çekilebiliyor', 'gerçek bir utanç' ve 'fotoğraflarının binlerce kelimeye bedel' ifadelerini kullanmıştır<sup>43</sup>.

42 AİHM, Artun ve Güvener v. Türkiye Davası, No: 75510/01, sayılı Karar Tarihi: 26/06/2007, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164177>.

43 **TANJU, Erhan**; AİHM Kararları Işığında İfade ve Basın Özgürlüğü. 2. Baskı, Ankara, 2017, s. 213.

Mahkeme bu ifadeleri birkaç açıdan değerlendirmiştir. İlk olarak, Anayasaya göre kralın özellikle de cezai planda “sorumsuz” olması, onun, kurumsal, hatta devletin başı olarak simgesel sorumluluğu üzerine, kişi olarak şöhretine saygı gösterilmek kaydıyla, özgür bir şekilde tartışmaya tek başına engel olamayacağını; kralın ne özel hayatına ne de kişisel onuruna dokunduğunu ve sadece onun, devlet ve silahlı kuvvetlerin simgesi ve başı olarak, kurumsal sorumluluğunu hedef aldığını belirtir. Bu nedenle kralın da devletin başı olarak siyasi sorumluluğundan dolayı eleştirilebileceğini belirtir. İkinci olarak ise, Yüksek Mahkeme Egunkaria yönetimi tarafından yapılan işkence iddialarıyla ilişkili işlemlere kanıt yetersizliği nedeniyle son verilmesi gerçeğinin ışığında, beyanların yapıldığı bağlamın bu beyanların ciddiliğini doğrulamadığı görüşünü benimsemiştir. Halbuki söz konusu ifade değer yargısını ifade etmektedir. Değer yargılarının ispatlanamayacağını ancak bir beyanın değer yargısı olması halinde de bu değer yargısının gerçeklere dayanmasını, en azından bir temelini olması gerektiğini vurgulamıştır. Üçüncü olarak ise, mahkeme söz konusu ifadelerin provokatif olduğunu kabul etmekle birlikte, şiddet çağrısında bulunmayan ifadeye müdahalenin haksız olduğunu, başvurucağının ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini vurgulamıştır<sup>44</sup>.

AİHM, 21/02/2012 tarihli ve 32131/08, 41617/08 başvuru numaralı Tuşalp v. Türkiye kararında önceki kararlarından farklı olarak başvurucağının gazeteci olduğunu vurgulamış, bu kimliği nedeniyle gazetecinin ifade biçiminin de koruma altında olduğunu vurgulamıştır. Başvurucağın köşe yazılarının birinde politikacıların yasa dışı eylemlerini, yolsuzluklarını ve bu olaylara karşı Başbakan’ın tepkisini eleştirmiştir. Ancak ulusal mahkemeler yine de ceza hükmetmiştir. Bunun üzerine AİHM’e taşınan davada, Mahkeme, makale içeriğindeki ifadelerin Başbakan Recep Tayyip Erdoğan’ın kişiliğine kişisel saldırı niteliğinde olmadığını, siyasal eleştiri olarak değerlendirilmesi gerektiğini; gazetecinin kendine has üslubunun, ifade biçiminin de korunmasının gerektiğini; üstelik başvurucağın verilen cezanın da başkalarını, siyasi kişileri eleştirmekten caydırabileceğini belirtir<sup>45</sup>.

44 AİHM, Otegi Mondragon v. İspanya Davası. No: 2034/07, Karar Tarihi: 15/03/2011, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-119585>.

45 AİHM, Tuşalp v. Türkiye Davası No: 32131/08, 41617/08, Karar Tarihi: 21/02/2012, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-109189>.

AİHM'in yakın zamanda verdiği bir diğer karar 14/03/2013 tarihli ve 26118/10 başvuru numaralı Eon v. Fransa kararındır. Fransa Cumhurbaşkanı'nın Laval şehrini ziyaret ettiği sırada, başvurucu 'defol git, geri zekâlî' yazılı bir levha kaldırmıştır. Başvurucu bu davranışı nedeniyle Cumhurbaşkanı'na hakaret etmekten 30 Euro para cezası almıştır. AİHM'e taşınan davada, Mahkeme söz konusu ifadenin, ortaya çıkmasına neden olan somut koşulları incelemiştir. Başvurucunun bir levhaya bu ifadeleri yazarak Cumhurbaşkanı'na göstermesinin sebebi, Cumhurbaşkanı'nın tarım fuarının ziyareti esnasında Cumhurbaşkanı'nın elini sıkımayı reddeden çiftçiye karşı dile getirdiği ifadeleri eleştirmek içindir. Mahkeme, levhada yazılan ifadelerin densizlik sayılabilecek bir hiciv, eleştiri olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme, ifadenin, ifade özgürlüğü sınırları kapsamında korunmaması halinde dahi, Ulusal Mahkeme tarafından verilen cezanın diğer kişilerin eleştiri hakkının kısıtlayıcı etki yaratabileceğini belirtmiş ve başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>46</sup>.

Özetlemek gerekirse, AİHM ifade özgürlüğünün sınırlarının belirlenmesi noktasında her şeyden önce ifadenin ortaya çıktığı somut koşulları incelemekte; daha sonrasında mağdurun politik bir şahsiyet olmasına vurgu yaparak, sıradan vatandaşa göre eleştirilere katlanması yükümlülüğünün çok daha fazla olduğunu belirlemektedir. Mahkeme ifadelerin provokatif, kaba, rahatsız edici, şok edici olmasını olağan kabul etmektedir. Mahkeme açıklamalarda bulunanların, basın mensubu olması durumunda, koruma alanını daha da genişletmektedir. Mahkemeye göre bu durum hem basının kamuyu bilgilendirme görevinden hem de kamunun bilgi alma hakkından kaynaklanmaktadır<sup>47</sup>. Mahkeme ifadenin bilgi içermemesi halinde, değer yargısını ifade etmesi halinde de bu değer yargısını destekleyecek gerçeklerin olması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme ancak ifadenin açık bir şiddet çağrısı, somut olayın koşulları içerisinde incelendiğinde sövme, hakaret içerdiğine kanaat getirilmesi halinde ifade özgürlüğünün kapsamının dışında bırakılmaktadır. Ancak bu halde de verilen para cezasının orantılı ve ölçülü olmasına dikkat çekmekte ve verilen cezanın başkalarının ileride dile getirebileceği ifadeleri kısıtlayacağı etki yaratmaması gerektiğini vurgulamaktadır.

46 AİHM, Eon v. Fransa Davası, No: 26118/10, Karar Tarihi: 14/03/2013, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-170323>.

47 **ATAKAN, Onur**; "Cumhurbaşkanına Hakaret Suçunun İfade Özgürlüğü Kapsamında Değerlendirilmesi", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 11, Sayı: 141, Mayıs 2016, s. 207.

Verilen kararın gerekçesi, pek çok yönden önem taşımaktadır: Devlet başkanına doğrudan doğruya hakaret içeren bir “gönderme”nin dahi “meşru” kabul edilebildiğini ve demokratik bir toplumda siyasi bir konunun “ceza yargısı” içinde değerlendirilmesini gereksiz bulduğunu ifade etmesi bakımından da önem taşımaktadır<sup>48</sup>.

Anayasa Mahkemesi, 04/06/2015 tarihli 2014/12151 başvuru numaralı Gazeteci Bekir Coşkun’un Bireysel Başvurusuna ilişkin verdiği Genel Kurul kararında AİHM’in çizmiş olduğu çerçeve doğrultusunda karar vermiştir. Dava konusu olayda, gazeteci Bekir Coşkun Cumhuriyet Gazetesinin 04/07/2013 tarihli nüshasında “Boyalı Merdivenler” başlıklı bir köşe yazısı yazmıştır. Ak Parti milletvekilleri söz konusu yazı ile kamu görevlisine görevinden dolayı hakaret edildiği iddiası ile Coşkun hakkında şikayetçi olmuştur. Mahkeme, iddiayı haklı bularak Bekir Coşkun’un 1 yıl 2 ay 17 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına, sanık hakkında verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi somut olayı değerlendirmiş ve şu tespitlerde bulunmuştur: “İlk olarak başvurucu tarafından söylenen sözlerin somut olarak bir milletvekiline karşı söylenmediği göz önünde bulundurulmalıdır. İkinci olarak ise yargılamaya konu “Kırmızıyı görünce saldıyor”, “Möölletvekili” şeklindeki ifadelerin içinde geçtiği yazının bütünü ile birlikte ve bunların söylendikleri bağlamından kopartılmaksızın, olayın bütünselliği içerisinde değerlendirilmesi gerekir. Başvurucu dava konusu makalede, Türkiye’deki çevre sorunlarına dikkat çeken bir eyleme karşı olanları eleştirmiştir. Kuşkusuz bu konunun tartışılmasında kamu yararı bulunmaktadır. Kaldı ki, hükümetler kullandıkları kamu gücünden dolayı kendilerine yöneltilmiş en ağır eleştirileri bile hoşgörü ile karşılamak zorundadır. Sağlıklı bir demokrasi, bir hükümetin yalnızca yasama organı veya yargı organları tarafından denetlenmesini değil aynı zamanda sivil toplum örgütleri, medya ve basın veya siyasi partiler gibi siyasal alanda yer alan diğer aktörlerce de denetlenmesini gerektirir”<sup>49</sup> ifadelerini kullanarak başvurucunun ifade özgürlüğünü kısıtlandığına karar vermiştir.

48 **KOLBÜKEN, Bilal**; “Cumhurbaşkanına Hakaret Suçu Üzerine Bir Deneme”, Ankara Barosu Dergisi Yıl: 2015, Sayı: 3, s. 39.

49 Anayasa Mahkemesi, Bekir Coşkun Bireysel Başvuru Kararı, No: 2014/12151, Karar Tarihi: 04/06/2015, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/e9014968-b510-48f4-b80887726a1add8d?wordsOnly=False>.

Kamu görevlilerine, devlet başkanlarına veya siyasetçilere yönelik eleştirilerin demokrasinin en önemli unsurlarından biri olduğunu vurgulamak amacıyla Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 12 Şubat 2004 tarihinde kabul edilen Medyada Politik Tartışma Özgürlüğü Deklarasyonu yayımlamıştır. AİHM içtihatları ile uyumlu olan Deklarasyonda temel ilkeler belirlenmiştir. Buna göre: “1- Medya kuruluşları aracılığıyla ifade ve bilgi edinme özgürlüğü, ifade özgürlüğünün bir gereğidir. 2- Devlet ve kamu kuruluşları eleştiri konusu yapılabilir. 3- Siyasi şahsiyetler haklarında kamuoyunda tartışma olmasını ve tuna bağlı olarak da görevlerini yerine getiriş tarzları konusunda kendilerine gereğinde şiddetli eleştiriler yöneltilebileceğini peşinen kabul etmişlerdir. 4- Memurlar kamuoyunun denetim ve eleştirilerini kabul etmelidirler. 5- Kamuoyunu olaylar hakkında yanıltmamaları kaydıyla, ileri bir abartma, hatta tahrik boyutuna varabilen hiciv özgürlüğü bulunmaktadır. 6- Siyasi şahsiyetler ile kamu görevlilerinin itibarı Siyasi şahsiyetler itibarlarının ve haklarının korunması için diğer kimselerden daha geniş haklara sahip bulunmamalıdır. Bundan hareketle iç hukukta, siyasi şahsiyetleri eleştiren medya kuruluşlarına karşı daha ağır cezalar öngörülmemelidir. Bu ilke kamu görevlilerine de uygulanır. Bu ilkeye istisnalar, sadece kamu görevlilerinin görevlerini iyi yapmalarını sağlamak bakımından zaruri hallerde kabul edilebilir. 7- Siyasi şahsiyetler ile kamu görevlilerinin özel yaşamları, medya kuruluşları tarafından yapılabilecek haberlere karşı Sözleşmenin 8. maddesi uyarınca korunmalıdır. 8- Siyasi şahsiyetler ile kamu görevlileri, medya kuruluşları tarafından hak ihlallerine karşı sıradan vatandaşların sahip oldukları hukuki başvuru yollarının ayınlarına sahip olmalıdırlar<sup>50</sup>.”

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi siyasilerin ağır bir şekilde eleştirilebileceğini ve aynı zamanda siyasi kişilerin, kamu görevlilerinin özel kanunla daha fazla korunmasının gereksiz olduğunu belirtmişlerdir.

### **C. Hakaretin Suç Olmaktan Çıkartılması Eğilimi**

AİHM tarafından da dile getirilen Cumhurbaşkanı hakaret suçunun mevzuattan kaldırılması gerektiği vurgusu, Avrupa Konseyi'nin anaya-

50 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 12 Şubat 2004 tarihinde kabul edilen Medyada Politik Tartışma Özgürlüğü Deklarasyonu'nun Türkçe tam metni için bkz. <http://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/f20fbc23-8676-4066-9213-3f0b00798adf.pdf>.

sal konulardaki uzman organı olan Venedik Komisyonu 15/03/2016 tarihli ve 831/2015 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 216, 299, 301 ve 314 maddeleri üzerine görüşünde<sup>51</sup> de belirtilmiştir. Venedik Komisyonu söz konusu raporda 'sadece Cumhurbaşkanı doğrudan sövmeye içeren ifadelerle karşı soruşturma başlatılıp, şüphelilerin tutuklanmadığını; kamuoyunda tartışılmasında fayda olan konular hakkında vatandaşların özellikle de gazetecilerin ifade özgürlüğünün kısıtlandığını tespit etmiştir. Ayrıca 6 Ocak 2016 tarihinde, Emniyet Genel Müdürlüğü, tüm polis departmanlarının Cumhurbaşkanı dahil olmak üzere üst düzey devlet memurlarına hakaret eden kişilere karşı derhal yasal işlem başlatmasını isteyen bir genelge yayınladığını, pek çok soruşturmayı, tutuklamayı kaygıyla izlediklerini belirtmişlerdir. Özellikle 16 yaşında bir çocuğun okulundan gözetilmesine alınması, toplumda ürpertici bir etki yaratmaya yönelik olduğunu; söz konusu suçun cezai yaptırımının ifade özgürlüğünü oldukça kısıtlayıcı ve orantısız olduğunu; mahkemelerin ifade hakkında değer yargısı ve olgu isnadları arasında ayırım yapmadığını; Mahkemelerin isnadın ispatı konusunda gazetecilerin adeta savcı gibi davranmasının beklediğini belirtmiştir. Son olarak söz konusu maddenin ifade özgürlüğünü oldukça kısıtlayıcı uygulamalara yol açtığını, devlet başkanlarına hakaret suçunun suç olmaktan çıkartılmasını gerektiğini, söz konusu maddenin ceza kanununda bulunacaksa bile ancak sözlü saldırı halinde kullanılması gerektiğini ve suçun hapis cezası ile cezalandırılmasının Avrupa hukukunun bu konudaki eğilimlerine aykırı olduğu' sonucuna varmıştır.

Yine 14 Ekim 2016 tarihli ve 858/2016 sayılı görüşünde Cumhurbaşkanı hakaret suçunun mevzuattan kaldırılması gerektiği yeniden dile getirilmiştir. Söz konusu siyasi görüşünde Venedik Komisyonu:

"Kişilerin ifadelerinden dolayı yargılanmalarına yol açan Türk Ceza Kanunu maddelerinin de geniş yorumlanmasına ilişkin kaygılarını ifade etmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun 216, 299, 301 ve 314. Maddeleriyle ilgili Mart 2016'da yayınladığı Görüş'te Komisyon ifade özgürlüğü ile ilgili ceza kanunu hükümlerini incelemiş ve bu maddelerin "aşırı yaptırımlara neden olduğu ve fazlasıyla geniş uygulandığı, 10. Madde ilgili içti-

51 Venedik Komisyonu'nun 15/03/2016 tarihli ve 831/2015 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki 216, 299, 301 ve 314. Maddelerine dair görüşünü içeren rapor için bkz. [https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2017/11/01/CDL-AD\(2016\)002.pdf](https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2017/11/01/CDL-AD(2016)002.pdf).

hat başta olmak üzere Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklara Dair Sözleşmenin 19. Maddesi kapsamında koruma altına alınan davranışları cezalandırdığı sonucuna varmıştır.

...Aşırı derecede kullanılmasından dolayı, 229. Madde (Cumhurbaşkanına Hakaret) tamamen kaldırılmalıdır<sup>52</sup> demiştir.

Gerçekten de söz konusu maddenin ve bu maddenin uygulanışı endişe vericidir. Örneğin, Av. Umut Kılıç'ın 21/04/2015 tarihinde girmiş olduğu Adli Yargı Hakimliği mülakatı esnasında mülakat komisyonuna 'mevcut sistemin işbirlikçisi, Faşist AKP, sizler busunuz polislerle susturursunuz, susmayacağım, sizler iktidarın işbirlikçisisiniz, emek hırsızısınız,' diye hitap etmiştir ve bunun üzerine polis çağrılmıştır. Polis Kılıç'ı dışarı çıkartırken, Kılıç, 'Hırsız, Katil Erdoğan' şeklinde slogan atmıştır ve Cumhurbaşkanına hakaret ettiği iddiasıyla gözaltına alınmıştır. Hemen ardından tutuklanan Kılıç, 8 gün sonra tahliye edilmiştir<sup>53</sup>. Kılıç hakkında hazırlanan iddianamede 'Cumhurbaşkanına hakaret suçunda 'kişi ile kurumun bütünleştiği, korunan değerın sahibinin devletin kişiliği olduğu; Cumhurbaşkanına saygının yüksek ve sarsılmaz bir halde tutulmasının' gerekliliğinden bahsedilmiştir<sup>54</sup>. Sadece Kılıç hakkın-

52 Venedik Komisyonu'nun 14/10/2016 tarihli ve 858/2016 sayılı Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasının askıya alınması hakkında (yasama dokunulmazlığı) görüşünü içeren Rapor için bkz. <http://www.ihop.org.tr/wp-content/uploads/2016/11/Venedik-Komisyonu-Yasama-Dokunulmazlik-C4%B1%C4%9F%C4%B1-G%C3%B6r%C3%BC%C5%9F%C3%BC.pdf>.

53 21 Nisan'da gözaltına alınmasının ardından tutuklanan Umut Kılıç, Sincan Cezaevine gönderilmiştir. Kılıç, avukatlarının yaptığı itiraz sonucunda Ankara 32. Asliye Ceza Mahkemesi'nin kararıyla tahliye edildi. 'Umut Kılıç'a tahliye: Tutuklama için somut neden yok.' Erişim Tarihi: 29/04/2015. [http://bianet.org/bianet/insan-haklari/164173-umut-kilic-a-tahliye-cumhurbaskanina-hakaretten-tutuklama-icin-somut-neden-yok?bia\\_source=rss](http://bianet.org/bianet/insan-haklari/164173-umut-kilic-a-tahliye-cumhurbaskanina-hakaretten-tutuklama-icin-somut-neden-yok?bia_source=rss).

54 Umut Kılıç hakkında yapılan yargılama sonucunda Ankara 32. Asliye Ceza Mahkemesince Cumhurbaşkanına hakaret ve kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret suçlarından ayrı ayrı 1 yıl 6 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına (HAGB) karar verilmiştir. Kılıç söz konusu davayı Anayasa Mahkemesi'ne taşımıştır. Mahkeme, 2015/16643 başvuru numaralı ve 04/04/2018 tarihli kararında "Ayrıca başvuru tarafından kullanılan ve değer yargısı niteliği taşıdığı anlaşılan ifadeler olgusal bir temelden de yoksundur. Bu kapsamda başvurucu tarafından söylenen sözler, Cumhurbaşkanına ve mülakatı yapan kamu görevlilerine karşı olgusal bir temele dayalı incitici hatta şok edici yorum ve değerlendirmelerle değil, anılan kişilere yönelik saldırılarla alakalıdır. Başvurucunun sözleriyle hedef alınan kişilerin siyasetçi ve yüksek kamu görevlisi olmaları hasebiyle kendilerine yönelik düşünce açıklamalarına sade vatandaşlara kıyasla daha fazla müsamaha göstermeleri beklenebilirse de bu kişiler " .. faşist Ak Parti iktidarının uşakları", "hırsız, katil Recep Tayyip Erdoğan" şeklindeki değer yargısı içeren sözler nedeniyle bir saldırıya hedef olmuşlardır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, başvuruya

da hazırlanan iddianamede veya benzerlerinde değil, aynı zamanda Cumhurbaşkanına karşı hakaret suçunun oluşturulmasının temelinde TBMM'nin 664 nolu Komisyon raporunda da belirtildiği üzere devletin kişiliğinin, Cumhurbaşkanının kişiliği ile bütünleştirildiği argümanının mevcut olduğu görülmektedir. Söz konusu raporda “Cumhurbaşkanının Devleti temsil etmesi ve Anayasada belirtilen görev ve yetkileri göz önüne alınarak onun kişiliğine yöneltilen hareketin bir bakıma Devlet kuvvetleri aleyhine cürümlerden sayılması gerektiği düşüncesinden hareketle bu madde kaleme alınmış ve Cumhurbaşkanına karşı hakaret müstakil bir suç hâline getirilmiştir<sup>55</sup>” denilmiştir.

AİHM içtihatlarında, Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu'nun Medyada Politik Tartışma Özgürlüğü Deklarasyonu ve Venedik Komisyonu 15/03/2016 tarihli ve 14/10/2016 tarihli görüşleri uyarınca her ne kadar kamu görevlilerinin devlet başkanlarının özel bir kanunla korunma altında olmasının gerekmediğini belirtmiş olsa da gerek kanun oluşturulma gerekçesinde, gerek savcılar tarafından hazırlanan iddianamelerde Cumhurbaşkanını devletin simgesi ve tarafsızlığı nedeniyle özel bir düzenleme ile Cumhurbaşkanını hakarettten korumuştur. Buna göre suçla korunan hukuki yarar devletin şahsiyetine zarar gelmemesidir.

### III. Cumhurbaşkanı Devletin Temsilcisi midir?

Parlamente rejimin somut özelliklerinden olan iki başlı yürütme, İngiliz parlamente monarşisinin tarihsel süreç içinde pragmatik olarak ürettiği bir oluşumdur. Bu sistem 19. Yüzyılda Avrupa'da ve 20. Yüz-

---

konu müdahale ile başkalarının şöhret veya haklarının korunmasının amaçlandığını gözönünde bulundurmaktadır. Başvurucu, hakkında HAGB kararı verilerek beş yıl boyunca denetim altına alınmasına neden olan ifadeler bağlamında ifade özgürlüğünü kullanırken kendisi için de geçerli olan görev ve sorumluluklara uygun davranmamıştır. Anayasa Mahkemesi; bu nedenle müdahalenin toplumsal bir ihtiyaç baskısına karşılık geldiği, demokratik bir toplumda gerekli olduğu ve dolayısıyla derece mahkemelerinin farklı çıkarları dengelerken sahip oldukları takdir paylarını aşmadıkları sonucuna ulaşmaktadır. Başvurucunun ifade özgürlüğüne müdahale oluşturan HAGB kararının ölçülü olduğu sonucuna varılmıştır” demıştır. Görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi, Umud Kılıç'ın dile getirdiği ifadelerin oluşmasına sebep olan Türkiye'nin yakın siyasi geçmişini hiç değerlendirmemiş, bağlamı olmaksızın söz konusu ifadeleri değerlendirmiştir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin yine AİHM içtihatlarında belirtilen kamu görevlilerinin ve siyasilerin ağır, sert eleştirilere karşı hoşgörülü olması gerektiği ilkesin somut olaya hiç uygulamadığı açıktır. Kararın Tamamı için bkz. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/16643>.

55 TBMM'nin 664 nolu Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf>.



yılda da dünyada hızla yayılmıştır. Dolayısıyla, Monarşilerin yanında Cumhuriyetler de bu sistemi benimsemiştir. Bu nedenle, iki başlı yürütmede devlet başkanı İngiltere, İspanya, İsveç, Norveç, Danimarka ve Japonya'da olduğu gibi Monark; ya da Türkiye'nin içinde bulunduğu Avrupa'nın ve dünyanın diğer ülkelerinde olduğu gibi seçimle gelen Cumhurbaşkanı olabilir. Parlamenter sistemlerde devlet başkanı, devletin başı sıfatıyla tarafsız hakem konumundadır<sup>56</sup>.

Türkiye'de tarihsel olarak incelendiğinde, mutlak monarşiden 1876 yılında parlamentolu bir yapıya geçiş, seçilmişlerden oluşan Meclis-i Mebusan'ın parlamento içindeki zamanla artan rolü ve 1909 yılında parlamenter sistemin benimsenmesi, toplumsal değişim ve siyasal koşulların bir sonucudur. 1921 Anayasası ile benimsenen meclis hükümeti sistemi dönemin olağanüstü koşullarının bir gereğidir. 1924 Anayasası hükümet sistemi açısından değerlendirildiğinde, meclis hükümeti sistemi ile parlamenter sistemin karma bir şekilde benimsendiği ve parlamenter hükümet sistemine geçiş için bir köprü niteliğindedir. Son olarak 1961 Anayasası ile benimsenen parlamenter hükümet sistemi 2007 yılına kadar devamlılığını korumuştur<sup>57</sup>.

Cumhurbaşkanı 31/05/2007 tarih ve 5678 sayılı Kanunla Anayasa'nın 79, 101 ve 102 maddelerinde yapılan değişiklikler neticesinde halk tarafından seçilmeye başlanmıştır. İlk Cumhurbaşkanı seçilimi ise 10 Ağustos 2014 tarihinde yapılmıştır ve Recep Tayyip Erdoğan Cumhurbaşkanı olarak seçilmiştir.

Doğrudan halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanının varlığı, sistemin dayandığı dengeleri bozacağından, parlamenter sistemin mantığına uygun değildir. Devlet Başkanının doğrudan halk tarafından seçilmesi bile, parlamenter sistemden sapma olarak değerlendirilebilir<sup>58</sup>.

Nitekim bu değişikliklerle birlikte Cumhurbaşkanına hakaret suçunun Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası Karşıyaka 7. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2016/25 Esas sayılı ve İstanbul 43. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2016/30

56 **TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi;** 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku. 17. Baskı, Ankara, 2018, s. 336-337.

57 **ERAT, Veysel;** "Türkiye'de Cumhurbaşkanının Halk Tarafından Seçilmesinin Hükümet Sistemi Üzerine Etkileri", Yönetim Bilimleri Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 25, 2015, s. 326.

58 **KAHRAMAN, Mehmet;** "Cumhurbaşkanının Halk Tarafından Seçilmesi ve Cumhurbaşkanı Seçim Kanunu", SÜ İİBF Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, Cilt: 17, Nisan 2012, s. 271.

Esas sayılı dosyalarında dile getirilmiştir. Her iki Mahkeme de Cumhurbaşkanına hakaret suçunun Anayasa'ya aykırı olup olmadığı hususunda karar vermek üzere Anayasa Mahkemesi'nden somut norm denetimi yapmalarını istemişlerdir. Avukatlar somut norm denetimi yapılmasını talep ettikleri dilekçelerinde Cumhurbaşkanına hakaret suçunun, kamu görevlisine hakareten çok daha ağır bir cezanın öngörülmesini, ayrıca tüm kamu görevlilerine yönelik tek bir hakaret suçu düzenlenmişken, Cumhurbaşkanına hakaret suçunun özel olarak düzenlenmesinin eşitlik ilkesine aykırı olduğunu; ayrıca hakaret suçuna uygulanan 'isnadın ispatı' kurumunun, Cumhurbaşkanına hakaret suçuna uygulanmadığını tüm bu hususların Anayasa'ya aykırılık oluşturduğunu belirtmişlerdir. Avukatların somut norm denetimi yapılması taleplerine konu bir diğer sebep de halk tarafından seçilen bir Cumhurbaşkanının artık siyasi bir simge olması sebebiyle, artık cumhurbaşkanının tarafsızlığından bahsedilemeyeceğiydi. Bu nedenlerle, söz konusu suçun Anayasa'ya aykırı olduğu iddia edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi tüm bu hususları incelemiş ve 2016/25 Esas, 2016/186 sayılı ve 14/12/2016 tarihli kararında farklı statüde olanların farklı kurallara tabi olmasının eşitliğe aykırılık oluşturmayacağını, Cumhurbaşkanının devletin başı olduğunu, ona yöneltilen hakaretin devletin kişiliğine yöneltildiğini ve söz konusu düzenleme ile devletin saygınlığının korunduğunu bu haliyle söz konusu düzenlemenin Anayasaya aykırı olmadığını oy birliği ile karar vermiştir<sup>59</sup>.

Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararı somut norm denetim yapılması talebine konu iddiaları değerlendirmemiştir. Halbuki Cumhurbaşkanına hakaret suçu pek çok açıdan Anayasa'ya aykırı olmakla birlikte, Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi nedeniyle tarafsız olamayacağı, devletin kişiliğini temsil yetkisinin ortadan kaldırması sebebiyle de artık Anayasaya başka temellerle de aykırılık oluşturmaktadır. Bu aykırılığın sebeplerinden ilki söz konusu maddenin diğer kamu görevlilerine göre özel olarak bir kişiyi, kurumu koruması ve kamu görevlilerine hakaret suçundan çok daha ağır bir yaptırımı öngörmesi sebebiyle eşitlik ilkesine aykırı olmasıdır.

59 Anayasa Mahkemesi, TCK 299. maddenin Anayasa'ya aykırı olmadığı yönünde Anayasa Mahkemesi'nin 14/12/2016 tarihli, 2016/25 Esas ve 2016/186 Sayılı kararı için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/01/20170103-11.pdf>.

İkincisi olarak Ulusal Mahkemeler, Cumhurbaşkanına hakaret edilmesi hususunda somut olgu ve fiil isnadı ile demokratik toplumda tartışılmasında fayda olan fikirlerin dile getirilmesi arasında ayırım yapmamaktadır.

Üçüncü olarak Cumhurbaşkanına hakaret suçunu işlediği iddiası ile lise öğrencileri okullarından gözaltına alınmakta ve günlerce tutuklu kalmaktadırlar<sup>60</sup>. Halbuki, ifade çok sert, tahrik edici olmanın ötesinde hakaret içeriyorsa bile, şüpheliler üzerinde yaratılan baskı başka kişiler üzerinde korku yaratmakta, başkaca kişilerin ifade özgürlüğü hakkını kullanmasını caydıracak niteliktedir. Bu durum da Cumhurbaşkanına hakaret suçu kullanılarak özellikle gazetecilere ve muhaliflere baskı yapılmasına neden olmaktadır.

Kuşkusuz ikinci ve üçüncü başlık uygulamadan kaynaklı sorunlardır. Ancak Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasında<sup>61</sup> da belirtildiği gibi,

60 İzmir'de, 24 Haziran seçimlerinde CHP'nin cumhurbaşkanı adayı Muharrem İnce'nin mitingi sırasında, eğlence mekanında Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan'a hakaret ettikleri iddiasıyla tutuklanan 11 kişiden 9'u adli kontrol şartıyla, 60 gün sonra serbest bırakıldı. Diğer iki kişi ise tutuklu olarak yargılanmaya devam etmektedir. (Cumhurbaşkanı'na hakareten tutuklanan 9 kişiye tahliye'. Erişim Tarihi: 15/08/2018, <http://www.hurriyet.com.tr/cumhurbaskanina-hakaretten-tutuklanan-9-kisiye-40929475>).

06/07/2018'deki ODTÜ Mezuniyet Töreni'nde taşıdıkları pankartlarda yer alan Erdoğan karikatürü nedeniyle gözaltına alınıp 10/07/2018 tarihinde tutuklanan öğrenciler hakkında 'Cumhurbaşkanına hakaret' davası açıldı. (ODTÜ'lü öğrencilere Cumhurbaşkanına hakaret davası' Erişim Tarihi: 04/08/2018, <http://haber.sol.org.tr/turkiye/odtulu-ogrencilere-cumhurbaskanina-hakaret-davasi-244618>).

Konya'da 23 Aralık 2014 tarihinde, sosyal paylaşım siteleri üzerinden örgütlenen ve kendilerine 'Halkçı Liseliler Grubu' olarak adlandıran gençler, Gedavet Parkı'nda toplanarak, Menemen'de 84 yıl önce gericiler tarafından katledilen şehit Asteğmen Mustafa Fehmi Kubilay'ı andı. Burada grup adına basın açıklamasını Meram Endüstri Meslek Lisesi 11'inci sınıf öğrencisi M.E.A. yaptı. İddiaya göre, Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan'a hakaret içeren sözler sarf eden M.E.A. hakkında savcılık '**Cumhurbaşkanına hakaret**' suçundan soruşturma başlattı. 24 Aralık 2014 çarşamba günü saat 11.00'de Meram Endüstri Meslek Lisesi'ne gelen polisler, M.E.A.'yı sınıfında gözaltına aldı. M.E.A. sevk edildiği 1'inci Sulh Ceza Hakimliği tarafından '**Cumhurbaşkanına hakaret**' suçlamasıyla tutuklandı. M.E.A, iki gün sonra serbest bırakıldı. (17 yaşındaki lise öğrencisine Erdoğan'a hakareten hapis' Erişim Tarihi: 11/09/2015. [http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/366105/17\\_yasindaki\\_lise\\_ogrencisine\\_Erdogan\\_a\\_hakareten\\_hapis.html](http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/366105/17_yasindaki_lise_ogrencisine_Erdogan_a_hakareten_hapis.html)).

61 82 Anayasası'nın 'Milletlerarası Andlaşmaları Uygun Bulma' başlıklı 90. maddesi:

Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır.

Ekonomik, ticari veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan andlaşmalar, Devlet Maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketler-

yasaların iç hukuk düzeninde üstün norm olan Anayasa'ya uygunluğunun denetimini yapan Anayasa Mahkemesi'nin, bir yasanın ya da yasa hükmünün uluslararası sözleşmelere aykırı olup olmadığını inceleme görevi bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen yasa ya da yasa kurallarının anayasal denetimini yaparken, usulüne göre kabul edilmiş ve kanun hükmünde olan uluslararası sözleşmeleri, özellikle de Anayasa'nın dayanağı, kaynağı ve gerekçesi olan insan hakları ile ilgili sözleşmeleri, göz önünde bulundurmakta, onlardan destek almaktadır<sup>62</sup>. Ne Yerel Mahkemeler ne de Anayasa Mahkemesi söz konusu Cumhurbaşkanına hakaret suçunu incelediği somut davalarda, AİHS'i ve AİHM'in içtihatlarını dikkate almamaktadır. Söz konusu suçun uygulanış biçimi de insan haklarına aykırılık oluşturmakta, ifade özgürlüğünü kısıtlamaktadır.

Dördüncü olarak ise hakaret suçunda cezayı azaltan ve kaldıran sebepler örneğin 'karşılıklı hakaret', 'isnadın ispatı' 'haksız tahrik' kurumlarının somut davalarda hiç dikkate alınmamasıdır. Nitekim yakın zamanda verilen Ankara 1. Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından verilen karar "isnadın ispatı" hususunun ne denli önem taşıdığını ortaya koymaktadır. Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan tarafından, "Hırsızdan Cumhurbaşkanı olmaz" ifadesi nedeniyle CHP Başkanı Kemal Kılıçdaroğlu aleyhine açılan 100.000,00 TL'lik tazminat davasının görüldüğü Ankara 1. Asliye Hukuk Mahkemesinde, Kılıçdaroğlu'nun avukatlarınca "Recep Tayyip Erdoğan'a ait olduğu iddia olunan tapelerin orijinal olup

---

deki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayımlanma ile yürürlüğe konabilir. Bu takdirde bu andlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgisine sunulur.

Milletlerarası bir andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticari, teknik veya idari andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunluluğu yoktur; ancak, bu fıkra göre yapılan ekonomik, ticari veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren andlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz.

Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü andlaşmaların yapılmasında birinci fıkra hükmü uygulanır.

Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.

62 **GEREK, Şahnaz/AYDIN; Ali Rıza**; "Anayasa'nın 90. Maddesi Değişikliği Karşısında Yasaların Geleceği Ve Anayasal Denetim", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 55, Yıl: 2004, s. 232.

olmadığının bilirkişilerce tespitinin” talep edilmesi ve Mahkeme Hâkiminin bilirkişi atamak istemesi üzerine, Cumhurbaşkanı avukatlarının itirazı nedeniyle davanın reddine karar verilmiştir<sup>63</sup>. ‘Karşılıklı hakaret’, ‘isnadın ispatı’ ‘haksız tahrik’ kurumların uygulandığı somut bir dava örneği henüz bulunmamaktadır. Bu nedenle, sanığın iddiaları yeterince değerlendirilmemekte ve haksız yere verilen cezalar ortaya çıkmaktadır.

Üstelik Anayasa Mahkemesi’nin kararından sonra da ‘Cumhurbaşkanının devleti temsil ettiği’ iddiası köklü bir değişikliğe uğramıştır. Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 21/01/2017 tarihinde kabul edilen yeni rejim, 16 Nisan 2017 Tarihinde 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile halk oylamasına sunuldu. Referanduma katılanların %51.41’inin evet oyu kullanmıştır<sup>64</sup>. Böylelikle Anayasanın 9, 76, 78, 101 inci maddenin son fıkrasında yer alan “Cumhurbaşkanı seçilenin, varsa partisi ile ilişkisi kesilir” ibaresinin ilgası bakımından, 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Kanunun Resmî Gazete’de yayınladığı tarih olan 27 Nisan 2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir

Nitekim, Erdoğan referandum sonrasında 2 Mayıs 2017 tarihinde, Adalet ve Kalkınma Partisi’ne üye olmuş<sup>65</sup> ve 24 Haziran 2018 tarihinde yapılan Cumhurbaşkanı seçimleri ile birlikte Türkiye yeni bir hükümet sistemine geçmiştir. Yeni hükümet sisteminin tam ismi olmasa da Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan, 9 Temmuz 2018 tarihinde bir gazetecinin sorusu üzerine ‘başkan diyebilirsiniz’<sup>66</sup> demesi ile birlikte, Türkiye başkanlık sistemine geçmiş oldu.

Elbette, Cumhurbaşkanı Erdoğan ‘bana başkan diyebilirsiniz’ derken haksız değildi. Sıklıkla medyada kullanılan Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi tanımlaması yerinde, başkanlık sistemi ifadesi daha yerindedir. Zira öncelikle ortada Cumhurbaşkanlığı yoktur, başkanlık vardır; ikinci-

63 **KOLBÜKEN;** s. 43.

64 Yüksek Seçim Kurulu tarafından 633 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 16 Nisan 2017 tarihli referandum sonuçları: <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/04/20170427m1.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/04/20170427m1.htm>.

65 Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan’ın AK Partiye üyeliği sırasında yaptığı konuşma: <https://www.tcgb.gov.tr/konusmalar/353/75073/ak-partiye-katilim-torende-yaptiklari-konusma>.

66 ‘Erdoğan: Bana başkan diyebilirsiniz’ başlıklı haber. Erişim tarihi: 09/07/2018  
<https://odatv.com/erdogan-mecliste-09071842.html>.

si ortada bir bakanlar kurulu veya hükümet yoktur. Bir Bakanlar Kurulu ya da hükümetten söz edilebilmesi için ortak karar alabilen bir kurulun olması gerekir. Bakanlar Kurulu lağvedilmiş, tüm yetkileri Cumhurbaşkanı'na devredilmiştir. Bu sistemde tüm erkler doğrudan veya dolaylı olarak Cumhurbaşkanı'nda toplanmıştır<sup>67</sup>.

Söz konusu 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile birlikte Cumhurbaşkanının görevi ve yetkileri bütünüyle değiştirilmiştir. Anayasa'nın 8. maddesi değiştirilerek yürütme yetkisi ve görevi Cumhurbaşkanlığı tarafından anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceği belirtilmiştir. Yine Anayasa'nın 104. maddesinde Cumhurbaşkanının devlet başkanı olduğu ve yürütme yetkisinin Cumhurbaşkanına ait olduğu belirtilmiştir. Aynı maddede, Cumhurbaşkanının, yardımcılarını ile bakanları atayabileceği, görevlerine son verebileceği ve yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabileceği düzenlenmiştir.

Konumuz açısından ise en önemli düzenleme kuşkusuz Anayasa'nın 105. maddesindeki düzenlemedir. Söz konusu maddenin değiştirilmeden önceki halinde Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği işlemler dışındaki tüm kararlarından sorumsuzluğu söz konusuydu. Halbuki yeni düzende, merkezi teşkilat bütünüyle değişmiş, Cumhurbaşkanı yürütmenin tek başına temsilcisi haline gelmiş, bütünüyle siyasi bir kişilik olması nedeniyle cezai olarak da sorumluluğu olacağına dair düzenleme yapılmıştır. Yeni haliyle 105. madde 'Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu' başlığını almış ve Cumhurbaşkanının suç işlemesi halinde Yüce Divan'da yargılanması öngörülmüştür.

Cumhurbaşkanı yeni rejimde suç işleyebileceği kabul edilen, yargılabilen, siyasi bir partinin üyesi olan, halk tarafından seçilen, belli bir siyasi görüşü temsil eden siyasi bir varlıktır. Bu haliyle Cumhurbaşkanının devletin simgesi olduğunu kabul etmenin imkanı bulunmamaktadır.

Cumhurbaşkanına hakaret suçunun gerekçesinde ve Anayasa Mahkemesi'nin 14/12/2016 gün, 2016/25 Esas, 2016/186 sayılı kararında belirtilen, suç ile korunan hukuki değer olan "Cumhurbaşkanının kişiliğinin korunması yoluyla devletin kişiliğinin korunması" artık olanaksızdır, zira özdeş değerlerdir. Elbette bu özdeşliğin olmadığı, söz konusu

67 **SERİM, Bülent**; "Bülent Serim: Krallığa Dönüş", Gündoğdu Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 4, Ağustos 2018, s. 21.

suçun mevzuatta yer aldığı günden beri savunulmaktadır, ancak burada belirtmek istediğimiz husus kanun koyucunun ve Mahkemelerin Cumhurbaşkanına hakaret suçunun mevzuatta kalması yönündeki ısrarına sebep olan Cumhurbaşkanının devletin tarafsız simgesi olduğu, ona yönelik yapılan hakaretin, devletin saygınlığını zedelemek üzere olduğu yönündeki savununun, tarafımızca hiçbir zaman kabul edilmemekle birlikte, hiçbir hukuki temeli de kalmamıştır.

Cumhurbaşkanı gerek hukuki olarak gerek politik olarak bütünüyle siyasal bir figürdür. Tüm davranışları tartışmaya açıktır, yaptıklarından cezai olarak sorumluluğu bulunmaktadır. Suçla korunan hukuki değerle Cumhurbaşkanının statüsü arasındaki ilişkinin ortadan kalkması sebebiyle Cumhurbaşkanına hakaret suçu da mevzuattan derhal kaldırılmalıdır. Cumhurbaşkanına hakaret edilmesi, bu haliyle ancak TCK 125. maddesinin 3. fıkrasında yer alan kamu görevlisine hakaret kapsamında ele alınabilir. Bu anlamıyla da somut davada TCK 127 maddesinde yer alan ‘isnadın ispatı’, 128. maddede yer alan ‘iddia ve savunma dokunulmazlığı’ ve 129. maddede yer alan ‘haksız fiil nedeniyle veya karşılıklı hakaret’ koşullarının bulunup bulunmadığının gözetilmesi gerekecektir.

Kaldı ki hakaretin suç olmaktan çıkartılması, dekriminizasyon akımının somut tezahürü olarak, çoğunluğu AGİT üyesi olan bir kısım ülkelerde, (ABD, Bosna Hersek, Estonya, Gürcistan, İrlanda, İngiltere, Kıbrıs Rum Kesimi, Moldova, Ukrayna) hakaret ve sövmelerine ilişkin suç tipleri ulusal ceza mevzuatlarından bütünüyle kaldırılmıştır<sup>68</sup>. Aynı eğilimin Türkiye tarafından da benimsenmesi gerekmektedir.

## SONUÇ YERİNE

Cumhurbaşkanına hakaret suçu uzun süreden beri ülkenin gündeminde, Cumhurbaşkanına hakaret suçundan dolayı gece yarısı baskınları ile uzun süren gözaltına alınan, ardından tutuklanan kişilerin haberlerini her gün görmeye devam ediyoruz. Ülkemizin politik kutuplaşma içerisinde olması Cumhurbaşkanına hakaret suçunun da muhalefet üzerinde bir baskı oluşturmaya devam edeceğini göstermektedir.

68 **SINAR, Hasan**; “Türk Ceza Kanunu’nda Hakaret Suçu ve Bu Suçun Karşılaştırmalı Hukukta Geleşen Hakaretin Suç Olmaktan Çıkarılması Eğilimi Yönünden Değerlendirilmesi”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl: 9, Sayı: 24, 2014, s. 108.

Cumhurbaşkanına hakaret suçunun oluşması için kanun koyucu sövmenin veya somut bir olgu veya fiil isnadının ifadede geçmesini aramıştır. Halbuki metin içerisinde belirtmiş olduğumuz AİHM içtihatlarında devlet büyüklerine yöneltilen sözlerin hakaret mi yoksa fikir ve düşünce özgürlüğü çerçevesinde mi ele alınacağına dair başka bir çerçeveye çizilmektedir. Buna göre, siyasi kişiliklerin özellikle devlet başkanlarının ve Cumhurbaşkanlarının siyasi sorumlulukları ve cevap verme araçlarının genişliği göz önünde bulundurularak kendilerine yöneltilen eleştirilere karşı daha hoşgörülü olması gerektiği belirtilmektedir. Zira ifade özgürlüğü, yalnızca hoş giden ifadelerden ziyade, sarsıcı, toplumda rahatsızlık uyandıran ifadeleri korumaktadır.

AİHM, ifadenin ortaya çıkmasına sebep olan koşulları da incelemektedir ve değer yargısı ile olgu isnadı ile arasındaki farka da işaret etmektedir. Mahkeme, Devleti yönetenlerinin hesap verebilirliğinin artmasını demokratik toplumun temel yapı taşı olarak görmektedir. Kaldı ki AİHM ifadeyi dile getirenin gazeteci olması halinde ifade özgürlüğünün sınırlarının da genişlediğine işaret etmektedir.

Mahkeme doğrudan kişisel saldırı niteliğinde olmayan ve şiddet çağrısı ile nefret söylemi içermeyen tüm düşünce açıklamalarını ifade özgürlüğü kapsamında koruma altına almıştır. Hakaret içeren ifadelere müdahalenin de ancak 'zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç' olması halinde yapılması gerektiği, müdahalenin ölçülü olması ve diğer kişilerinin ifadelerini dile getirmelerinde caydırıcı etkisi olmamasına da dikkat edilmesi gerektiği de AİHM içtihatlarında vurgulanmaktadır.

Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesi, AİHM kararları ve ifade ve basın özgürlüğü kriterleri gözetilmeden mahkemeler tarafından ağırlıklı olarak siyasi nitelikli ifadeleri cezalandırmak için kullanılmaya devam edildiği müddetçe hukuk devleti ilkesi ve eşitlik ilkesine aykırı olarak birçok durumda mahkumiyetler ve mağduriyetler meydana gelecektir. Dolayısıyla olumlu yargısal kararlar ve gelişmeler olsa da kökten bir çözüm sunmamaları nedeniyle ihlaller sürekli tekrar etmekte ve az sayıdaki karar yetersiz kalmaktadır<sup>69</sup>.

69 **AKDENİZ, Yaman/ALTIPARMAK, Kerem;** (hazırlayan) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Artun Ve Güvener/Türkiye Kararı (Başvuru No: 75510/01, Tarih: 26/06/2007) İzleme Raporu, Aralık 2016 [http://www.aihmiz.org.tr/files/Artun\\_ve\\_Guvener.pdf](http://www.aihmiz.org.tr/files/Artun_ve_Guvener.pdf).



AİHM, Cumhurbaşkanına hakaret suçu gibi cezai korumaların da kaldırılması gerektiğini belirtmektedir. Venedik Komisyonu da Türkiye hakkındaki 15 Mart 2016 tarihli ve 14 Ekim 2016 tarihli görüşlerinde Cumhurbaşkanına hakaret suçunun toplumsal baskı aracın haline gelmesi sebebiyle mevzuattan kaldırılması gerektiğini ifade etmiştir.

Devletin bu görüş ve yorumlara ise cevabı Cumhurbaşkanının, devleti temsil ettiği; ona hakaret edilmesi ile devletin saygınlığının zedelenmediği, bu nedenle özel bir koruma olmasının hukuki bir değeri koruduğu şeklindedir.

Halbuki, Cumhurbaşkanının tarafsız kişiliğine ve devletin temsilcisi olmasına yapılan özel vurgu hem hukuki açıdan hem de politik açıdan artık temellerini yitirmiştir. Cumhurbaşkanı ilk olarak 10 Ağustos 2014'te halk tarafından seçilmiştir. Bu seçimle birlikte Cumhurbaşkanı, belli bir siyasi görüşün temsilcisi olmuştur. Artık politik bir kişilik olması dolayısıyla, eleştirilmeli, yaptıkları tartışılmalıdır.

Cumhurbaşkanının politik bir kişilik haline gelme hali de gittikçe artmıştır. Cumhurbaşkanı 21/01/2017 tarihinde kabul edilen rejim değişikliği ile birlikte hem siyasi bir parti üyesi olan, hem de merkez teşkilatın, yürütmenin başında bulunan bir kişiliktir. Bu halde, devletin ve kanun koyucunun söz konusu suçu mevzuatta bulundurmasının temel nedeni artık ortadan kalkmıştır. Cumhurbaşkanını özel olarak koruyan bir düzenlemeye artık ihtiyaç bulunmamaktadır. Üstelik aksine, 'Başkanlık Sistemi'nin başkanının Anayasa'daki olağanüstü yetkileri de birlikte düşünüldüğünde, Cumhurbaşkanı'nın kararlarının daha çok tartışılmasına, toplum nezdinde ifade özgürlüğü üzerindeki baskının kaldırılmasına ihtiyaç bulunmaktadır.

## KAYNAKÇA

### Kitaplar ve Makaleler

- AKDENİZ, Yaman/ALTIPARMAK, Kerem;** (hazırlayan) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Artun ve Güvener/Türkiye Kararı (Başvuru No: 75510/01, Tarih: 26/06/2007) İzleme Raporu, Aralık 2016 [http://www.aihmiz.org.tr/files/Artun\\_ve\\_Guvener.pdf](http://www.aihmiz.org.tr/files/Artun_ve_Guvener.pdf)
- AKDENİZ, Yaman/ALTIPARMAK, Kerem;** “TCK 299 Olmayan Hükümün Gazabı mı?” Güncel Hukuk Dergisi, Ekim 2015
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner;** Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Ankara, 2013
- ATAKAN, Onur;** “Cumhurbaşkanına Hakaret Suçunun İfade Özgürlüğü Kapsamında Değerlendirilmesi”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 11, Sayı: 141, Mayıs 2016
- AZİZGAOĞLU, Bahattin/ARSLAN, Çetin;** Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, 2004
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem;** Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 2017
- ÇALIŞIR, Aydemir Ayfer/ÇALIŞIR, Kurtuluş Tayanç;** Teoride ve Pratikte Hakaret Suçları, 2. Baskı, Ankara, 2016
- DOĞRU, Osman/NALBANT, Atilla;** İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 2. Cilt (İHAS 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 Ek Protokol 1-1, 1-2, 1-3 maddeler), 1. Baskı, İstanbul, 2013
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan;** Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku, 12. Baskı, İstanbul, 2012
- ERAT, Veysel;** “Türkiye’de Cumhurbaşkanının Halk Tarafından Seçilmesinin Hükümet Sistemi Üzerine Etkileri”, *Yönetim Bilimleri Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 25, 2015
- EREM, Faruk;** “Cumhurbaşkanına Hakaret”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1991/1, s. 13
- ERMAN, Sahir;** Hakaret ve Sövme Suçları, 2. Baskı, İstanbul, 1989
- GEREK, Şahnaz/AYDIN, Ali Rıza;** “Anayasa’nın 90. Maddesi Değişikliği Karşısında Yasaların Geleceği Ve Anayasal Denetim”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 55, Yıl: 2004
- 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 Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2010

- KAHRAMAN, Mehmet;** “Cumhurbaşkanının Halk Tarafından Seçilmesi ve Cumhurbaşkanı Seçim Kanunu”, SÜ İİBF Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, Cilt: 17, Nisan 2012
- KATOĞLU, Tuğrul;** “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 61 (2) 2012
- KAYANÇİÇEK, Murat;** Şerefe Karşı Suçlar, Ankara, 2008
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan.** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, 2016
- KOLBÜKEN, Bilal;** “Cumhurbaşkanına Hakaret Suçu Üzerine Bir Deneme”, Ankara Barosu Dergisi Yıl: 2015, Sayı: 3
- ÖNDER, Ayhan;** Ceza Hukuku Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul, 1994
- ÖZEK, Çetin;** “1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı’na İlişkin Düşünceler”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 56, Sayı: 1-4, Temmuz 2011
- ÖZEK, Çetin;** Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler, İstanbul, 1967
- ÖZEN, Mustafa;** “Hakaret Suçu ve İnternet Yoluyla İşlenmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 75, Yıl: 2008
- PARLAR, Ali/HATIPOĞLU, Muzaffer;** Hakaret Suçları ve Tazminat Davaları, Ankara, 2008
- SERİM, Bülent;** “Bülent Serim: Krallığa Dönüş”, Gündoğdu Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 4, Ağustos 2018
- SINAR, Hasan;** “Cumhurbaşkanına Hakaret ve Devletin Egemenlik Alametlerini Aşağılama Suçları”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 10 Sayı: 27, 2015 (“Cumhurbaşkanına Hakaret”)
- SINAR, Hasan;** “Türk Ceza Kanunu’nda Hakaret Suçu ve Bu Suçun Karşılaştırmalı Hukukta Gelişen Hakaretin Suç Olmaktan Çıkarılması Eğilimi Yönünden Değerlendirilmesi”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 9, Sayı: 24, 2014 (“Hakaret Suçu”)
- TANJU, Erhan;** AİHM Kararları Işığında İfade ve Basın Özgürlüğü. 2. Baskı, Ankara, 2013
- TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi;** 1982 Anayasası’na Göre Türk Anayasa Hukuku, 17. Bası, Ankara, 2018
- TEZCAN Durmuş;** Avrupa’da Düşünce Özgürlüğü, Ankara, 2002
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK Murat Rıfat;** Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 15. Baskı, Ankara, 2017
- TOROSLU, Nevzat;** Ceza Hukuku Özel Kısım, 9. Baskı, Ankara, 2018

**YAŞAR Osman/GÖKCAN Hasan Tahsin/ARTUÇ Mustafa;** Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 6. Cilt, 2. Baskı, Ankara, 2014

**YENİDÜNYA, Ahmet Caner/ALŞAHİN Mehmet Emin;** “Bireyin Şerefine Karşı Suçlar”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 68, Yıl: 2007

### **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları**

Artun ve Güvener v. Türkiye Kararı, 26/06/2007 tarihli 75510/01 sayılı

Colombani ve Diğerleri v. Fransa Kararı, 25/06/2002 tarihli ve 51279 başvuru numaralı

Eon v. Fransa Kararı, 14/03/2013 tarihli ve 26118/10 başvuru numaralı

Handyside v. Birleşik Krallık Kararı, 07/12/1976 tarihli 5493/72 başvuru numaralı

Lopes Gomes da Silva v. Portekiz Kararı, 28/12/2000 tarihli 37698/97 başvuru numaralı

Oberschlick v. Avusturya Kararı, 23/05/1991 tarihli ve 20834/92 başvuru numaralı

Otegi Mondragon v. İspanya Kararı, 15/03/2011 tarihli ve 2034/07 başvuru numaralı

Pakdemirli v. Türkiye Kararı, 22/05/2005 tarihli ve 35839/97 başvuru numaralı

Peter Müchael Lingens v. Avusturya Kararı, 08/07/1986 tarihli ve 9815/82 başvuru numaralı

Tuşalp v. Türkiye Kararı, 21/02/2012 tarihli ve 32131/08, 41617/08 başvuru numaralı

### **Anayasa Mahkemesi Kararları**

Bekir Coşkun Bireysel Başvuru Kararı, Başvuru No: 2014/12151, Tarih: 04/06/2015

Somut Norm Denetimi Kararı, 2016/25 Esas ve 2016/186 Karar, Tarih: 14/12/2016 (TCK 299. maddenin Anayasa'ya aykırı olmadığı yönünde kararı)

### **Yargıtay Kararları**

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 02/04/1990 tarih, 1990/9-84 Esas ve 1990/106 Sayılı Kararı

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 23/11/1992 tarihli ve 283/306 Sayılı Kararı

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 27/10/2009 tarihli, 2009/9-190 Esas ve 2009/253 Sayılı Kararı

Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 22/06/2016 tarih, 2016/1480 Esas ve 2016/4444 Sayılı Kararı

## Çevrimiçi Kaynaklar

- '17 yaşındaki lise öğrencisine Erdoğan'a hakareten hapis' Erişim Tarihi: 11/09/2015. [http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/366105/17\\_yasindaki\\_lise\\_ogrencisine\\_Erdogan\\_a\\_hakareten\\_hapis.html](http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/366105/17_yasindaki_lise_ogrencisine_Erdogan_a_hakareten_hapis.html)
- Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün yayınladığı 5237 Sayılı TCK 299'dan 2006 yılında açılan davaların istatistiği için: [http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/Istatistikler/1996/ac\\_cik/2006%20ACILAN%20KARAR\\_CEZA/FORM10TCK\\_TUR\\_2006.pdf](http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/Istatistikler/1996/ac_cik/2006%20ACILAN%20KARAR_CEZA/FORM10TCK_TUR_2006.pdf)
- Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün yayınladığı 5237 Sayılı TCK 299'dan 2015 yılında açılan davaların istatistiği için bkz: [http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/Istatistikler/1996/genel\\_tck\\_a%C3%A7%C4%B1lan2015.pdf](http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/Istatistikler/1996/genel_tck_a%C3%A7%C4%B1lan2015.pdf)
- Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün yayınladığı 5237 Sayılı TCK 299'dan 2016 yılında verilen kararların istatistiği için bkz: <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/Istatistikler/1996/2016karartck.pdf>
- Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün yayınladığı 5237 Sayılı TCK 299'dan 2016 yılında açılan davaların istatistiği için bkz: <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/Istatistikler/1996/2016acilantck.pdf>
- Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün yayınladığı 5237 Sayılı TCK 299'dan 2017 yılında verilen kararların istatistiği için bkz: <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/Istatistikler/1996/2017ozelKanunKararaBaglananSucVeKarar.pdf>
- Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün yayınladığı 5237 Sayılı TCK 299'dan 2017 yılında açılan davaların istatistiği için bkz: <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/Istatistikler/1996/2017TckAcilanDavaSu-cVeSanikSayisi.pdf>
- Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 12 Şubat 2004 tarihinde kabul edilen Medyada Politik Tartışma Özgürlüğü Deklarasyonu'nun Türkçe tam metni için bkz: <http://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/f20fbc23-8676-4066-9213-3f0b00798adf.pdf>
- Bozdağ: Cumhurbaşkanı Hakareten 1845 Dava İzni Verdik.' Erişim Tarihi: 02/03/2016 <https://bianet.org/bianet/siyaset/172610-bozdag-cumhurbaşkanına-hakareten-1845-dava-izni-verdik>
- Cumhurbaşkanı'na hakareten tutuklanan 9 kişiye tahliye. Erişim Tarihi: 15/08/2018, <http://www.hurriyet.com.tr/cumhurbaşkanına-hakareten-tutuklanan-9-kisiye-40929475>
- Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan'ın AK Partiye üyeliği sırasında yaptığı konuşma: <https://www.tccb.gov.tr/konusmalar/353/75073/ak-partiye-katilim-torende-yaptiklari-konusma>

Erdoğan: Bana başkan diyebilirsiniz' Erişim tarihi: 09/07/2018

<https://odatv.com/erdogan-mecliste-09071842.html>

'Kılıçdaroğlu'na Cumhurbaşkanına Hakaret Suçundan Soruşturma Açıldı'.

Erişim Tarihi: 18/07/2018 [http://www.hurriyet.com.tr/gundem/](http://www.hurriyet.com.tr/gundem/kilicdarogluna-cumhurbaskanina-hakareten-sorusturma-acildi-40900601)

[kilicdarogluna-cumhurbaskanina-hakareten-sorusturma-acildi-40900601](http://www.hurriyet.com.tr/gundem/kilicdarogluna-cumhurbaskanina-hakareten-sorusturma-acildi-40900601)

ODTÜ'lü öğrencilere Cumhurbaşkanına hakaret davası, Erişim Tarihi:

04/08/2018, [http://haber.sol.org.tr/turkiye/odtulu-ogrencile-](http://haber.sol.org.tr/turkiye/odtulu-ogrencilere-cumhurbaskanina-hakaret-davasi-244618)

[re-cumhurbaskanina-hakaret-davasi-244618](http://haber.sol.org.tr/turkiye/odtulu-ogrencilere-cumhurbaskanina-hakaret-davasi-244618)

TBMM'nin 664 nolu Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu için bkz: [https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/](https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf)

[TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf)

'TKP üyesi Aynur Saime Yılmaz tahliye edildi'. Erişim Tarihi: 10/05/2018

<http://haber.sol.org.tr/turkiye/tkp-uyesi-aynur-saime-yilmaz-tahliye-edildi-237150>

'Umut Kılıç'a tahliye: Tutuklama için somut neden yok.' Erişim Tarihi:

29/04/2015

<https://m.bianet.org/bianet/insan-haklari/164173-umut-kilic-a-tahliye-cumhurbaskanina-hakareten-tutuklama-icin-somut-neden-yok>

Venedik Komisyonu'nun 15/03/2016 tarihli ve 831/2015 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki 216, 299, 301 ve 314. Maddelerine dair görüşünü içeren rapor için bkz: [https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/](https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2017/11/01/CDL-AD(2016)002.pdf)

[uploads/2017/11/01/CDL-AD\(2016\)002.pdf](https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2017/11/01/CDL-AD(2016)002.pdf)

Venedik Komisyonu'nun 14/10/2016 tarihli ve 858/2016 sayılı Anayasa'nın 83. Maddesinin İkinci Fıkrasının Askıya Alınması Hakkında (Yasama Dokunulmazlığı) Görüşünü içeren rapor için bkz: [http://www.ihop.](http://www.ihop.org.tr/wp-content/uploads/2016/11/Venedik-Komisyonu-Yasama-Dokunulmaz%C4%B1%C4%9F%C4%B1-G%C3%B6r%C5%9F%C3%BC)

[org.tr/wp-content/uploads/2016/11/Venedik-Komisyonu-Yasama-Dokunulmaz%C4%B1%C4%9F%C4%B1-G%C3%B6r%C5%9F%C3%BC.pdf](http://www.ihop.org.tr/wp-content/uploads/2016/11/Venedik-Komisyonu-Yasama-Dokunulmaz%C4%B1%C4%9F%C4%B1-G%C3%B6r%C5%9F%C3%BC)

Yüksek Seçim Kurulu tarafından 633 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 16

Nisan 2017 tarihli referandum sonuçları: [http://www.resmigazete.](http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/04/20170427m1.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/04/20170427m1.htm)

[gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/04/20170427m1.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/04/20170427m1.htm](http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/04/20170427m1.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/04/20170427m1.htm)

Yüksek Seçim Kurulu tarafından 952 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 24

Haziran 2018 tarihli Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin sonuçları: [http://](http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/07/20180704M1-1.pdf)

[www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/07/20180704M1-1.pdf](http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/07/20180704M1-1.pdf)

## SPOR FAALİYETLERİ SIRASINDA İŞLENEN KASTEN YARALAMA SUÇU\*

Gürkan Özocak\*\*

### ÖZET

Spor faaliyetleri sırasında, sporcuların birbirlerine ve sporun diğer süjelerine karşı, oyun kuralları dışında eylemlerde bulunmalarına sıklıkla rastlanmaktadır. Sporcular, spor faaliyeti esnasında ve o sporun doğası gereği maruz kaldıkları hareketler nedeniyle meydana gelen yaralanma ve hatta ölüm gibi sonuçları baştan kabul etmişlerdir. Bu gibi davranışlar nedeniyle, eylemi gerçekleştiren sporcunun herhangi bir ceza sorumluluğu doğmaz. Zira, burada spor faaliyeti artık bir “hukuka uygunluk nedeni” haline gelmiştir. Ancak, oyun kurallarının dışında ve rakibe karşı kasten gerçekleştirilen saldırılarda, saldırıyı gerçekleştiren sporcunun ceza hukukunun genel hükümlerine göre ceza sorumluluğu doğacaktır. Bu sorumluluk belirlenirken, maddi cebir kullanılan dövüş sporları ile maddi cebir kullanılmaksızın yapılan spor branşlarını ayrı başlıklarda incelemek gerekir. Ne var ki, hangi spor branşı olursa olsun, oyunun icrasının gerektirdiğinin dışında ve kasıtlı olarak gerçekleştirilen saldırıların ceza hukukunun konusu olacağı ve kasten yaralama suçuna vücut vereceği tartışmasızdır.

**Anahtar Kelimeler:** Spor Hukuku, Sporcu Yaralanmaları, Kastem Yaralama Suçu, Sporcunun Ceza Sorumluluğu.

\* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 18/07/2018. İlk hakem raporu tarihi: 30/08/2018. İkinci hakem raporu tarihi: 25/09/2018.

\*\* Avukat, İstanbul Barosu; Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ceza ve Ceza Usul Hukuku ABD Doktora Öğrencisi, [gurkanozocak@gmail.com](mailto:gurkanozocak@gmail.com), yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-5098-7697.

## THE CRIME OF INTENTIONAL INJURY DURING SPORT ACTIVITIES

### ABSTRACT

It is frequently encountered the actions of athletes, that are outside the rules of game, against other athletes or actors of sports. Athletes have accepted the consequences of injuries and even death due to actions that are the nature of sport and resulting of that game. Because of such behavior, the athlete who performs the action does not have any criminal liability. But, in the case of intentional attacks against the rival and against the rules of that game, the athlete who performs the attack has the criminal liability according to general provisions of criminal law. When this criminal liability is determined, it is necessary to study martial sports which are performed directly with violence and other sports which are not used violence in a separate title. However, regardless of which sport it is, it is certain the intentional violent actions that are against the rival and out of the rules of game will be subject of criminal law.

**Keywords:** Sports Law, Sports Injuries, Intentional Injury Crime, Criminal Liability of Athlete.

### I. GİRİŞ

Spor, en geniş anlamıyla; kişilerin, önceden belirlenmiş kurallara uygun bir biçimde, maddi bir karşılık olup olmamasından bağımsız olarak (bir başka deyişle maddi bir karşılık bekleyerek veya yalnızca eğlenmek için), araçlı veya araçsız, bireysel veya takım halinde, kendisiyle, bir başkasıyla yahut doğayla rekabet esasına dayanan mücadelelerini içeren, fiziksel veya zihinsel yeteneklerini kullandıkları bir etkinlik olarak tanımlanabilir<sup>1</sup>. Bu bağlamda, tarihsel süreç boyunca gerek amaçsal gerek fiili olarak defalarca boyut değiştiren sporun, bugünkü çağdaş anlamıyla, oyalanma, boş zaman geçirme, eğlenme gibi işlevlerinin yanı sıra, vücut ve zihin sağlığının korunması ve bu yöndeki

1 ÇAĞLAYAN, Ramazan, *Spor Hukuku*, Ankara, 2007, s. 12; ERKİNER, Kismet, *Spor Hukuku Dersleri*, İstanbul, 2007, s. 61 vd.; ERTAŞ, Şeref / PETEK, Hasan, *Spor Hukuku*, Ankara, 2011, s. 27; ŞİMŞEK, Alparslan, "Spor Müsabakalarında Meydana Gelen Bedensel Zararlarda Sporcu-nun Dikkat ve Özen Yükümlülüğü", TBB Dergisi, S. 121, 2015, s. 383.



yeteneklerin geliştirilmesi, kişiler ve dahi toplumlar arasında barış ve dostluk ilişkisinin tesis edilmesi, ayrıca kişilerin ekonomik ve toplumsal statü açısından gelişmesi gibi işlevlere sahip olduğu kabul edilmektedir<sup>2</sup>. Nihayetinde, gerek bireysel gerekse toplumsal amaçlarla bezeli olan sporun, işin içerisinde ekonomik amaç ve kaygıların da girmesiyle, daha fazla kurala ve rekabete bağlı bir alan haline gelmesi de kaçınılmaz olmuştur.

Bu bağlamda, ister amatör ister profesyonel seviyede icra edilsin, spor faaliyetlerinin en önemli ölçütlerinden biri, kurallara uygun davranılmasıdır. Aksi halde, kuralları belirsiz olan bir sporun, hem icra eden hem de izleyenler yönünden, yukarıda kısaca bahsettiğimiz amaçlarının hasıl olması beklenemez. Bu itibarla, spor faaliyetlerinin önceden belirlenmiş ve icra edildiği esnada değiştirilmemesi gereken kurallara uygun olarak yapılması son derece önemlidir<sup>3</sup>.

Kurallara uygun olarak yapılmayan bir spor faaliyetinin ise kimi yaptırımlarının olacağı kuşkusuzdur. Bu yaptırımın, söz konusu spor faaliyeti için belirlenen kuralların ihlal edilmesi durumunda, o disiplin içerisinde uygulanması söz konusu olur. Örneğin, her iki takımında beşer oyuncuyla oynanması gereken bir basketbol müsabakasında, takımlardan birisi bu kuralı ihlal eder ve sahaya altı oyuncuyla çıkarsa, ilgili federasyonun hukuk kurullarınca o takım hükmen mağlup sayılacak veya rakibine oyun kuralları dışında, sert bir müdahalede bulunan futbolcu, yaptığı hareketin karşılığı olarak maçın hakemince sarı veya kırmızı kartla cezalandırılacak ve hatta duruma göre yine disiplin kurulu tarafından bir sonraki maç veya maçlardan da men edilebilecektir.

Bunun yanı sıra, bir spor müsabakasında, oyun kurallarının izin vermediği sertlikler sonucunda meydana gelen bedensel zararlar söz konusu olabilir. Bu gibi durumlarda, fiili gerçekleştiren sporcunun, disiplin sorumluluğunun yanı sıra, kusuruna bağlı olarak, yapmış olduğu eylem nedeniyle genel hükümler çerçevesinde ceza sorumluluğu da ortaya çıkabilir. Uygulamada sık görülen bu tür eylemlerin başında sporcular tarafından bir başka sporcuya veya söz konusu spor branşı-

2 **ERTAŞ/PETEK**, s. 30; **GÜNAL, Nadi / KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan**, *Türk Spor Hukukunun Genel Esasları ve İlgili Mevzuat*, Ankara, 1998, s. 11.

3 **ERTAŞ/PETEK**, s. 405.

nın diğer sùjelerine karşı işlenen kasten yaralama suçları gelmektedir. Spor faaliyetleri esnasında işlenen kasten yaralama suçlarını değerlendirmeden önce, spor faaliyetlerinin hukuki niteliğinden söz etmemiz gerekmektedir.

## II. SPOR FAALİYETLERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

### A. Genel Olarak

Bazı sporlarda yaralanma tehlikesi çok yüksekken, bazılarında daha az, bazılarında ise yok denecek kadar düşüktür. Bireysel yapılan ve rakibe herhangi bir temasın söz konusu olmadığı sporlar bu son sayılanlar arasındadır. Bu tür spor branşlarında, sporcunun bir eylemiyle başka bir sporcuyla yaralama olasılığı neredeyse bulunmamaktadır. Örneğin, yüksek atlama, okçuluk, uzun atlama gibi sporlarda, rakipler sırayla yarıştıklarından ve birbirlerine herhangi bir şekilde temas etmediklerinden, spor faaliyeti esnasında bir sporcunun rakibini yaralama olasılığı yok gibidir. Aynı şekilde, karşılıklı olarak değil de yan yana icra edilen ve yine rakiplerin birbirlerine temas etmediği sporlarda da, bir sporcunun rakibini yaralama olasılığı oldukça düşüktür. Örneğin, yüzmede, atletizmde, kayakta durum bu şekildedir. Çünkü bu sporlarda, rakibe temas edilmemesi oyun gereğidir<sup>4</sup>.

Ancak karşılıklı olarak yapılan, doğrudan doğruya maddi cebir kullanılmamakla beraber rakiplerin birbirine yakın temas etmesi gereken futbol, basketbol, ragbi, hokey gibi sporlarda, yaralama fiilleri meydana gelebilmektedir<sup>5</sup>. Zira bu sporlarda, rakiplerin birbirlerine bir aşamaya kadar fiziki temasta bulunmalarına izin verilmektedir. Bunun yanı sıra, bazı sporlarda ise, sporcular birbirlerine doğrudan maddi cebir uygulamakta olup, bu maddi cebir spor faaliyetinin esasını oluşturmaktadır. Sıklıkla 'dövüş sporları' olarak adlandırılan boks, tekvando, karate gibi sporlar bu kapsamdadır. Rakiplerin birbirlerine temas etmelerini gerektiren ancak maddi cebir uygulamanın oyun kuralları dışında olduğu sporlar ile icra edilirken rakiplerin birbirlerine doğrudan maddi cebir uyguladıkları spor branşlarında ceza hukuku yönünden oluşacak durumu ve sporcuların ceza sorumluluğunu aşağıdaki bölümde inceleyeceğiz.

4 ERTAŞ/PETEK, s. 407.

5 TRAVERSI, Alessandro, *Diritto Penale dello Sport*, Milano, 2001, s. 39.

Oyun kuralları dışında meydana gelen yaralama eylemlerinden doğan ceza sorumluluğundan önce, oyun kuralları dahilindeki sportif hareketler nedeniyle meydana gelen zararlı sonuçlar yönünden değerlendirme yapmamız gerekmektedir. Örneğin, doğrudan doğruya rakibine maddi cebir ile temas etmeyi hedefleyen boks, judo, karate gibi dövüş sporlarındaki oyun kuralları dahilinde yer alan fiiller ile; doğrudan rakibi yaralamayı hedeflemese bile, temaslı sporlar kapsamında sayılan ve oyun esnasında fiziki temas söz konusu olduğu için rakibin yaralanma ihtimali düşük olmayan futbol, hokey, ragbi gibi sporlardaki fiiller yönünden, bu fiillerin TCK'nda tanımlanan kasten veya taksirle yaralama suçunun tipik unsurlarını oluşturmalarına rağmen, sporcuların bu eylemleri nedeniyle cezalandırılmamalarının hukuki dayanağının ne olduğunun tespiti önem arz etmektedir.

Ceza hukukunda halen hakim olan ilke “*fiilin sübjektifliği ilkesi*” olup, buna göre suçtan söz edilebilmesi için, failin tipe uygun ve zararlı bir fiili gerçekleştirmesi yeterli olmamakta, ayrıca bu fiilin psikolojik yönden de faile bağlanabilmesi gerekmekte; yani fiil ile fail arasında sadece olgular dünyasını ilgilendiren nedensel bir bağın değil, aynı zamanda psişik bir bağın da bulunması gerekmektedir<sup>6</sup>. Bu psişik bağ da, suçun manevi unsurundan başka bir şey değildir. Bu bağlamda, failin bir suçtan sorumlu olabilmesi için, kanuni tipte öngörülen fiili gerçekleştirmiş olması yetmemekte, ayrıca bu fiili bilinçli ve iradi bir biçimde gerçekleştirmesi gerekmektedir. Hareketin mutlaka bilinçli ve iradi olmasını gerektiren bu unsur, “kasıt” ve “taksir” olmak üzere iki biçimde meydana gelmektedir. Nitekim, TCK'nun 21. maddesinde “*suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır*” denilerek genel kural konulmuş ve suçun kural olarak kasıtlı işlenebileceği öngörülmüş, devamla 22. maddesinde “*Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır*” hükmüne yer verilerek de, kastın olmadığı durumlarda kişilerin taksirli fiilleri dolayısıyla cezalandırılabileceği istisnai haller düzenlenmiştir.

Kasıt, kusurlu iradenin tipik, dahası gerçek biçimini ifade etmektedir<sup>7</sup>. Bu itibarla, bir kişinin kasıtlı hareket edebilmesi için, kanuni tipte

6 TOROSLU, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara, 2009, s. 171.

7 ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Milano, 2003, s. 345; MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale, Parte Generale*, Padova, 2001, s. 320.

öngörülen fiili, davranışı, o davranış sonucunda oluşacak zararlı sonucu ve bu davranış ile söz konusu zararlı sonuç arasındaki nedensellik bağını bilerek ve o zararlı sonucu isteyerek işlemesi gerekmektedir. Failin iradesi, hem davranışın gerçekleştirilmesine, hem de sonucun meydana gelmesine yönelmiş olmalıdır; yani sonuç, gerçekleştirilen davranışın ürünü olarak istenmelidir<sup>8</sup>.

Maddi cebir uygulanan sporlarda<sup>9</sup>, ceza normundaki tipik fiilin oluşması kapsamında sporcuların birbirlerini yaraladıkları, bu eylemlerin TCK'nun 86 vd. maddelerinde düzenlenen kasten yaralama suçunun maddi unsurunu oluşturduğu ve sporcuların bu fiilleri bilerek ve isteyerek gerçekleştirdikleri tartışmasıdır. Örneğin bir boksör, rakibine, bedensel olarak zarar vereceğini bilerek ve zaten bu sonucu isteyerek yumruk atmaktadır. Bu durumda, öncelikle, oyunun kuralları içerisinde meydana gelen ve aslında kasten yaralama suçunun hem maddi hem de manevi unsurunun gerçekleştiği yaralama fiillerinin neden ceza hukukunun konusu olmadığını incelemek ve çözümlenmek gerekmektedir.

8 **EREM, Faruk**, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C. I*, Ankara, 1984, s. 507; **TOROSLU**, s. 181. Kasıt konusunda ayrıntılı bilgi ve kastın unsurlarını açıklayan teoriler hakkında bkz. **ANTOLISEI**, s. 345 vd.; **BETTIOL, Giuseppe**, *Diritto Penale, Parte Generale*, Padova, 1976, s. 397 vd.; **GALLO, Marcello**, "*Dolo (Diritto Penale)*", Enciclopedia del Diritto, Vol. XIII, Milano, 1964, s. 750 vd., **İÇEL, Kayıhan**, *Ceza Hukukunda Temel Kusurluluk Şekli Kast*, İTÜCÜ Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 6, S. 12, İstanbul, 2007, s. 61-70; **KARAKEHYA, Hakan**, *İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast*, Ankara, 2010, s. 7 vd.; **MANTOVANI**, . 322 vd.

9 Ceza sorumluluğunun belirlenmesi yönünden bu spor branşlarının "*temaslı*" ve "*temassız*" diye ikiye ayrılması düşünülebilir. Ne var ki böyle bir ayrım gerek bu sporların nitelikleri yönünden sağlıklı bir ayrım yapılması ihtiyacını, gerekse de ceza sorumluluğunun belirlenmesi amacını karşılamayacaktır. Zira, rakiplerin birbirlerine doğrudan maddi cebir kullanmalarına rağmen yoğun fiziki temasta bulunduğu futbol, basketbol, ragbi, hokey gibi sporlar ile; rakiplerin birbirlerine doğrudan maddi cebir uyguladıkları ve dahi maddi cebir uygulamanın spor faaliyetinin esasını oluşturduğu boks, tekvando, karate gibi sporların tamamını "temaslı" sporlar olarak aynı başlıkta değerlendirmek hatalı olacak ve ceza sorumluluğunun belirlenmesi amacına hizmet etmeyecektir. Aşağıda görüleceği gibi, kusurluluğun ve ceza sorumluluğunun belirlenmesi yönünden bu iki tür spor branşı tamamen farklılık arz etmektedir.

Bununla beraber, "*cebir*" sözcüğü, Türk Dil Kurumu'na göre "*zor, zorlayış*" anlamına gelmektedir. Bu ikinci grup spor branşında, gerçekten de rakipler birbirine fiziki anlamda cebir kullanmakta (*dolayısıyla psikolojik veya manevi cebir olmaksızın, yalnızca maddi cebirle sınırlı olarak temas etmekte*) ve birbirlerini bu yolla alt etmeye veya daha fazla ve kurallara uygun maddi cebir uygulayarak puanlar almaya çalışmaktadırlar. Bu itibarla, bu spor branşlarına "*maddi cebir uygulanan sporlar*" denilmesi yerindedir.

## B. Spor Faaliyetlerinin Hukuka Uygunluk Nedenleri Arasındaki Yeri

Spor faaliyetleri sırasında ve oyun kuralları dahilinde meydana gelen fiillerin suç niteliği taşıyıp taşımadıkları her zaman tartışma konusu olmuştur. Özellikle yaşam hakkı ve vücut bütünlüğünün korunması bakımından meydana gelen ihlaller karşısında, söz konusu zararlı sonucun “oyun kuralları dahilinde” gerçekleştirilen bir eylem neticesinde meydana gelmesinin, eylemi gerçekleştiren sporcunun ceza sorumluluğunu ortadan kaldırıp kaldırmayacağı tartışılmış ve tartışılmaya da devam etmektedir<sup>10</sup>. Ancak, genel kabul gören anlayışa göre, spor faaliyetleri sırasında meydana gelen zararlı yahut kanuni tipte suç olarak öngörülmuş bir sonuç, söz konusu suça vücut vermemekte, zira spor faaliyetleri bu bağlamda bir “hukuka uygunluk nedeni” olarak kabul edilmektedir. Bu durumda, örneğin bir boksörün bir başka boksörü müsabaka esnasında yumruk ile yaraladığı veya ölümüne sebep olduğu durumda, “boks faaliyeti” hukuk düzeninin izin verdiği bir faaliyet olduğundan ve yaralama yahut ölüm sonucu bu spor faaliyeti esnasında ortaya çıktığından, söz konusu fiil kural olarak suç olmaktan çıkmaktadır.

Maddi unsur (fiil) ve manevi unsur (kusurluluk) biçiminde iki unsurdan oluşan suç, işlenen fiilin hukuk düzenine aykırılığını ifade etmektedir<sup>11</sup>. Dolayısıyla bu iki unsurun birlikte meydana geldiği bir durumda fiil hukuka aykırı olarak kabul edilmekte ve bunun neticesinde “ceza” olarak öngörülen yaptırım ile karşı karşıya kalmaktadır. Ancak bazı durumlarda, belli sebeplerin varlığı, fiilin hukuka aykırı olmasını önlemekte ve dolayısıyla onun hukuken meşru veya hukuka uygun bir fiil olarak ortaya çıkmasını sağlamaktadır. Bunlara “*hukuka uygunluk nedenleri*” adı verilmektedir<sup>12</sup>. Hukuka uygunluk nedenleri, çok defa,

10 **MEMİŞ, Pınar**, *Spor Faaliyetlerinden Doğan Ceza Sorumluluğu (Yayımlanmamış Doktora Tezi)*, İstanbul, 2010, s. 148.

11 Bizim de kabul ettiğimiz suçun ikili ayrımının yanı sıra, suçun üçlü, dörtlü ve hatta altılı ayrımını savunan görüşler de vardır. Suçun unsurlarına ilişkin bu görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. **ALACAKAPTAN, Uğur**, *Suçun Unsurları*, Ankara, 1973, s. 8-11. Ayrıca, suçun tekçi ve tahlilci ayrımı ile hukuka aykırılığı suçun unsuru saymayan suçun unsurlarının ikili ayrımına ve hukuka aykırılığı suçun unsuru kabul eden diğer tahlilci yaklaşımlara ilişkin detaylı açıklama ve eleştiriler için bkz. **KATOĞLU, Tuğrul**, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, Ankara, 2003, s. 127-146.

12 Hukuka uygunluk nedenlerinin bu şekilde tanımlanması, suçun unsurlarını maddi unsur ve manevi unsur şeklinde iki unsur olarak öngören yazarlar tarafından yapılmaktadır. Bizim de aynı görüşü paylaştığımız bu yazarlara göre, “hukuka aykırılık” suçun ayrı bir unsuru değil, suça için

hukuk tarafından tanınan bir yetkiye dayanmaktadır. Örneğin, haksız bir saldırıya uğrayan bir kimse, kanunda öngörülen belirli şartlar ve sınırlar dahilinde, kendisini normalde suç sayılan hareketlerle korumaya (meşru savunma) yetkili kılınmıştır. Dolayısıyla, hukukun tanıdığı bir yetkinin ve yüklediği bir görevin varlığı, hukuk düzeninin kendisiyle çelişkiye düşmezliği ilkesinin gereği olarak, hukuka aykırılığı ve dolayısıyla suçu ortadan kaldırmaktadır. Çünkü hukuk düzeninin bir fiile rıza gösterirken veya onu emrederken, aynı zamanda bu fiili yasaklaması, hukukun kendini ve pratik uygulanabilirliğini inkar etmeksizin mümkün değildir<sup>13</sup>. TCK'nun 24-26. maddelerinde öngörülen hukuka uygunluk nedenleri; *kanunun hükmü ve amirin emri (görevin yerine getirilmesi)*, *meşru savunma*, *zorunluluk hali*, *bakkın kullanılması* ve *ilgilinin (hak sahibinin) rızası* şeklinde sayılabilir.

Spor faaliyetlerinin hangi hukuka uygunluk nedenini teşkil ettiği, başka bir deyişle, spor faaliyetlerinin hukuki niteliği, doktrinde üzerinde uzlaşılamayan ve birbirinden farklı görüşlerin ortaya çıktığı bir konudur. Spor faaliyetlerinin hukuki niteliğini mağdurun rızası, hakkın icrası, kanunun hükmünün yerine getirilmesi ve izin verilen risk ile açıklayan çok sayıda görüş mevcuttur.

Bu görüşlerden ilki, spor faaliyetlerini ilgilinin veya mağdurun rızası ile açıklayan görüştür. İlgilinin rızasının, hukuk düzeninin koruduğu menfaat sahibinin, o menfaat ile ilgili tasarrufuna ilişkin irade açıklaması olarak tanımlanması mümkündür<sup>14</sup>. TCK'nun 26/2. maddesinde, ilgilinin rızası şeklinde tezahür eden hukuka uygunluk nedeni "*Kişinin mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilemez*" şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, burada herhangi bir 'rıza'dan değil, kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir

---

bir özellik, bir başka deyişle suçun özüdür. Bunun yanı sıra, suçun unsurlarını üç (*maddi unsur, manevi unsur, hukuka aykırılık unsuru*) veya dört (*kanuni unsur, maddi unsur, manevi unsur, hukuka aykırılık unsuru*) unsur olarak öngören yazarlara göre, "hukuka aykırılık" suçun ayrı bir unsuru olduğu için, hukuka uygunluk nedenleri de, ikili ayrımı savunan yazarların aksine, suçun unsurlarında bir eksikliği ifade etmektedir. Bunlara göre, suçun ayrı bir unsuru olan hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldıran, böylece fiili ceza kuralının amacına aykırı bir hale getirmeyen sebeplere "hukuka uygunluk nedeni" adı verilmektedir. Bkz. **DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir**, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım*, C. II, İstanbul, 1986, s. 19; **EREM**, s. 27 vd.

13 **TOROSLU**, s. 135-136.

14 **MEMİŞ**, s. 149.

hakkına ilişkin rızadan söz edilmekte, ancak bu tür hakların hangileri olduğu gösterilmemektedir. Doktrin genellikle, bu hukuka uygunluk nedeninin esasına ilişkin olarak söylenenlerden hareketle, rızanın aynı zamanda doğrudan bir sosyal faydayı da temsil etmeyen bir varlığın ihlalini meşru hale getirmek yönünden etkili olduğunu kabul etmek eğilimindedir. Bu nedenle, devletin yalnızca bireyin serbestçe yararlanmasını garanti altına almak amacıyla tanıdığı haklar, serbestçe tasarruf edilebilir haklardır<sup>15</sup>. Bu bağlamda, örneğin devlete ait menfaatleri ihlal eden suçlar (devlete karşı suçlar, kamu idaresine karşı suçlar ve adliye karşı suçlar), topluma ait olan ve gayri muayyen sayıda insanı ilgilendiren suçlar (kamu sağlığına, kamu güvenliğine, kamu barışına, genel ahlaka karşı suçlar) ve aile düzenine karşı işlenen suçlar yönünden rızanın herhangi bir etkisi yoktur. Mağduru rıza gösterse dahi, bu suçlar bakımından rıza bir hukuka uygunluk nedeni değildir. Buna karşın, örneğin malvarlığı kişinin üzerinde doğrudan tasarruf edebileceği bir hakkı olduğundan, bunlara karşı işlenen suçlarda rıza bir hukuk uygunluk nedeni haline gelmektedir.

Spor faaliyetleri yönünden söz konusu olan rıza, vücut bütünlüğü yönünden verilen rızadır. Vücut dokunulmazlığına karşı işlenen suçlar yönünden, rızanın geçerli olup olmayacağı tartışmalıdır. Genel kabule göre, kişinin, kendi vücudu üzerinde, fiziki bütünlüğünde devamlı bir zaafa neden olan yahut herhangi bir şekilde kanuna, kamu düzenine ve ahlaka aykırı bulunan tasarruflarına izin verilmemekte, ancak yaşamın sona ermesi veya vücut fonksiyonlarının devamlı şekilde bozulacak olmasına varmayan şekilde, kişinin kendi vücudu üzerinde tasarruf hakkı bulunduğu, dolayısıyla bu kapsamda bir rızanın hukuken geçerli olduğu kabul edilmektedir<sup>16</sup>. Bu bağlamda, söz konusu görüşü savunan yazarlara göre, spor faaliyetleri yönünden, eğer ilgili spor branşının kuralları dahilinde hareket edildiyse ve kişi önceden vücut bütünlüğünün ihlaline sebebiyet verecek riskleri bilerek ve kabul ederek söz konusu spor faaliyetine katıldıysa, “*ilgilinin rızası*” hukuka uygunluk nedeni söz konusu olacak ve yaralanma sonucu nedeniyle rakip sporcunun herhangi bir ceza sorumluluğu doğmayacaktır<sup>17</sup>.

15 MANTOVANI, s. 258; TOROSLU, s. 177.

16 TOROSLU, s. 179.

17 MEMİŞ, s. 157. Yargıtay’ın da yakın dönemde verdiği kararlarda spor faaliyetlerinin hukuka uygunluğunu “ilgilinin rızası” görüşü ile açıkladığı görülmektedir:

“*Olay günü samk ile katılanın bahı saba maçında karşılıklı olarak futbol oynadıkları, samığın*

Bir diğer görüş, spor faaliyetlerini “*bakkın icrası*” olarak kabul etmektedir. Hakkın icrası TCK’nun 26. maddesinde düzenlenmiş olup, buna göre “*bakkını kullanan kimseye ceza verilemez.*” Hukuken korunan bir hakkın kullanılması durumunda hak sahibinin cezalandırılmayacağı çok eskiden beri kabul edilen bir ilkedir. Örneğin, adli makamlara verdiği şikayet dilekçesinde, şikayet edilenin şerefini ihlal eden fiillere yer veren kimse hakaret suçundan sorumlu olmayacağı gibi, adli makamlara sunduğu yazılarda karşı taraf bakımından hakaretimiz nitelikte isnatlarda bulunan avukat da, bu isnatlar somut vakıalara dayanıyor ve uyuşmazlıkla ilgili ise, hakaret suçundan sorumlu tutulamaz<sup>18</sup>.

Doktrinde spor faaliyetlerini bir hakkın icrası olarak kabul eden ve bu nedenle hukuka uygunluk nedeni olduğunu söyleyen görüşler de mevcuttur. Bunlara göre, Devlet spor yapılabilmesi için gerekli düzenlemeleri yapmakta, kuralları koymakta, müsabakalar organize etmekte ve nihayetinde spor yapılmasını teşvik etmektedir. Dolayısıyla, eğer spor faaliyeti Devlet tarafından tanınan ve sporculara “hak” olarak tanınan bir faaliyet ise, bu faaliyetten kaynaklanan eylemlerin de, spor faaliyetinin kuralları içerisinde kaldığı sürece, bir suça vücut vermesi olanaksızdır<sup>19</sup>.

Bir başka görüş ise, spor faaliyetlerini “*kanunun icrası*” ile açıklamaktadır. Kanunun icrası veya görevin yerine getirilmesi olarak adlandırılabilir olan bu hukuka uygunluk nedeni, hukuk düzeninin kendisiyle çelişkiye düşmezliği ilkesinin tipik bir yansımasıdır. Gerçekten de hukuk düzeninin, bir yandan belirli bir şekilde davranma görevi yüklerken, diğer yandan da bu görevin yerine getirilmesini cezalandı-

---

*oyun esnasında havaya yükselen topa doğru yöneldiği ve topu almak isterken kasıtlı bir hareketi olmaksızın katılan B.V.’nin yüzüne kafasının gelmesiyle katılanın göz çukuru çevre kemiğinin kırık oluşacak şekilde yaralandığı, tüm dosya içeriğinden sanığın yaralama kastı ile hareket etmediği ve katılan ile sanığın kazaen çarpışması ile katılanın yaralandığı, futbol gibi spor müsabakalarında kasıtlı yaralamalar hariç kazaen yaralamalar yönünden müsabaka öncesi oyuncuların rızalarının bulunduğu ve TCK’nın 26/2. maddesi gereğince de bu rıza çerçevesinde gerçekleşen yaralanmadan ötürü sanığın sorumlu tutulamayacağı açıktır.” (Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 04.12.2013, 2013/5763 E. ve 2013/27915 K. Bkz. HÜR MÜZ, Peyman, 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun Yasak Fiiller ve Ceza Hükümleri Yargıtay Yorumu, Ankara, 2016, s. 95-96).*

18 TOROSLU, s. 171.

19 HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2011, s. 277; MEMİŞ, s. 164.



racağının kabulü mümkün değildir<sup>20</sup>. TCK'nun 24. maddesinde düzenlenen bu hukuka uygunluk nedeni “*kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez*” şeklinde tanımlanmıştır.

Doktrinde, spor faaliyetlerinin hukuki niteliğini kanunun icrası ile açıklayan görüşler de mevcuttur. Bu görüşlere göre; Devlet spor faaliyetlerini kamu yararına göreyerek yasa ve yönetmeliklerle düzenleme altına almakta ve her spor faaliyetinin niteliğine ilişkin yasal düzenlemeler yaparak sporculara bir alan yaratmaktadır. Bu bağlamda, spor faaliyetleri ile kanunun bir hükmü yerine getirildiğinden, bu faaliyetlerin herhangi bir şekilde cezalandırılmaları da kural olarak mümkün değildir<sup>21</sup>.

Bunların dışında, spor faaliyetlerini “*izin verilen risk*” ile açıklayan görüşler de söz konusudur. İzin verilen riskin, hukuki yarar açısından tehlike yahut zarar yaratmaksızın icra edilmeleri mümkün olmayan, ancak buna rağmen, yapılmalarından vazgeçilemeyecek ve hukuken de yasaklanmamış hareketleri içeren bir öğreti olarak tanımlanması mümkündür<sup>22</sup>. Nitekim, sadece spor faaliyetleri yönünden değil, hekimlik mesleğinin icrası gibi durumlarda da, bu meslek icrasının kanunun uygulanmasının yanı sıra, ayrıca izin verilen risk bağlamında da hukuka uygun olduğu, dolayısıyla mesleğini insani, teknik ve örgütsel gereklerine uygun olarak yapan hekimin davranışının herhangi bir suça vücut vermeyeceği söylenmiştir<sup>23</sup>.

Spor faaliyetlerini “*izin verilen risk*” kapsamında açıklayan yazarlara göre, devlet sporun icrasına izin vermektedir ve bu sebeple devlet, sporun icrası için gerekli olan ve spor kurallarına uygun tüm hareketlere katlanmak durumundadır. Dolayısıyla, bu görüş uyarınca, öngörülebilir risklerin, eylemin başından kabul edilmesini, öngörülemeyenlerin ise zaten kusursuzluk olarak kabulü ile spor faaliyetinden doğabilecek zararlı neticelerden, neticeye sebebiyet verenin ceza sorumluluğu doğmayacaktır<sup>24</sup>.

20 **ANTOLISEI**, s. 220; **BETTIOL**, s. 290; **HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2011, s. 253; **MANTOVANI**, s. 281-282.

21 **MEMİŞ**, s. 166.

22 **ÜNVER, Yener**, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul, 1998, s. 11.

23 **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, s. 253.

24 **MEMİŞ**, s. 160; **ÜNVER**, s. 43.

### C. Görüşümüz

Yukarıda spor faaliyetlerinin hukuki niteliğini açıklamaya çalışan görüşlere tarafımızca kısaca değinilmiştir<sup>25</sup>. Buradan hareketle belirtmemiz gerekir ki, kanaatimizce spor faaliyetini, bu hukuka uygunluk nedenlerinden yalnızca birisine özgülemek yahut sadece biriyle açıklamak mümkün görünmemektedir. Esasen bu görüşlerin hepsinin haklılık payı olduğu gibi, spor faaliyetinin hukuki niteliğini ortaya koymakta eksik yahut yetersiz kaldıkları taraflar da mevcuttur. Çağdaş dünyada spor branşlarının tamamı birer kurallar bütününden oluşmaktadır. Dolayısıyla bu kurallar, sporcunun o spor faaliyetine katılması ile ortaya konulan rıza çerçevesinde kendisine bir hak yaratmaktadır. Bu bağlamda da, eğer sporcu hukuk düzenince konulan kurallar çerçevesinde o spor faaliyetini icra etmekteyse, bir hakkını kullandığı için kurallar dahilindeki bir hareketinin neden olduğu zararlı sonuç nedeniyle ceza sorumluluğu doğmayacaktır<sup>26</sup>. Bunun yanı sıra, spor alanı içerisinde (özellikle dövüş sporları bakımından) bir risk vardır ve oyunun mevcut kuralları, dolayısıyla hukuk düzeni bu riske izin vermektedir<sup>27</sup>. Bunun dışında, spor faaliyetleri yönünden “ilgilinin” yaralanma sonucuna ve bununla ilgili kimi risklere izin verdiği de açıktır, fakat bu durum spor faaliyetini başlı başına “ilgilinin rızası” hukuka uygunluk nedeni haline getirmez, zira meydana gelecek ağır yaralanma ve hatta ölüm sonucuna, o sonucun üzerinde meydana geldiği sporcunun doğrudan doğruya bu sonuca “rıza” gösterdiğini, dahası bazı sonuçlar yönünden bu rızanın hukuken bir geçerlilik arzedeceğini söylemek güçtür.

Görüldüğü üzere, spor faaliyetlerini muhakkak yukarıdaki görüşlerden biriyle açıklayacak yahut TCK’nda düzenlenen hukuka uygunluk nedenlerinin birinin altında konumlandırarak isek, kişi herhangi bir şekilde kanundan kaynaklanan hakka dayanmadan hareket etmediği ve Devletin de yarattığı hakka dayanan kişinin eylemini, bu hakkın sınırları içerisinde kaldığı sürece, hukuka uygun kabul etmesi gerektiğinden, TCK m. 26 uyarınca hakkın icrası hukuka uygunluk nedenine dayanmamız gerekmektedir<sup>28</sup>.

25 Detaylı bilgi ve görüşler için bkz. **MEMİŞ**, s. 148 – 173.

26 **HAKERİ**, s. 278.

27 **MEMİŞ**, s. 171.

28 **MEMİŞ**, s. 172. Bu hakkın kaynağını Anayasa’nın 59. maddesi ile spor faaliyetlerini ve sınırlarını

Ne var ki, yukarıda da açıkladığımız üzere, spor faaliyetlerinin *sui generis* yapısı karma bir hukuki durum yaratmakta ve tüm hukuka uygunluk nedenlerinin özelliklerini bünyesinde barındıran, bunların adeta bir bileşkesi niteliğinde, ancak bunların üzerinde kendine özgü niteliklere sahip yeni bir durum ortaya çıkarmaktadır. Bu itibarla, spor faaliyetinin özüne ve kendine özgü yapısına uygun, bu faaliyetlerin tümünde uygulanabilecek yeni bir hukuka uygunluk nedeninin ortaya konulması ve formüle edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Özellikle rakiplerin birbirlerine doğrudan temas ettikleri sporlar ile doğrudan maddi cebir uygulanan sporlarda, bir yaralanma riskinin söz konusu olduğu ve oyun kurallarının bu riske izin verdiği açıktır. Ancak aynı zamanda, meydana gelebilecek yaralanma veya ölüm sonuçları bakımından, sporcuların bu risklere “izin” verdiklerini yahut bu zararlı sonuçları göze almakla beraber bunlara “rıza” gösterdiklerini söylemek pek güçtür. Bu nedenle, spor faaliyetlerinin doğası gereği, müsabakaya çıkan sporcuların meydana gelebilecek zararlı sonuçları göze almaları yahut buna ilişkin riskleri kabul etmeleri nedeniyle, spor faaliyetleri yönünden “*kabul edilen risk*” şeklinde bir hukuka uygunluk nedeninin formüle edilmesi gerektiği kanaatindeyiz<sup>29</sup>. Zira, gerek doğrudan gerekse dolaylı maddi cebir

---

düzenleyen ve bunlara müsaade eden 3289 sayılı ve 21.5.1986 tarihli Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun oluşturmaktadır. **HAKERİ**, s. 278.

- 29 “*Kabul edilen risk*” şeklinde kanunda kabul edilmiş bir hukuka uygunluk nedeni bulunmamakla birlikte, doktrinde spor faaliyetleri yönünden bunun (“*zararı göze alarak katılım*” adıyla) bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu söyleyen yazarlar mevcuttur. Bkz. **ERTAŞ/PETEK**, s. 86. Aynı şekilde Alman doktrininde de spor faaliyetlerini “*teblikeyi (riski) kabul*” (“*Handeln auf eigene Gefahr*”) olarak benimseyen yazarlar mevcuttur. Bunlara göre, spor veya gösteri amaçlı oyun ve yarışmalara katılan kişiler, bu gibi oyun ve yarışmalardan doğabilecek yaralanmaları ve buna benzer sonuçları göze almış sayılırlar. **SCHIMKE, Martin**, Sportrecht, Frankfurt am Main, 1996, s. 133 (Aktaran **ERTAŞ/PETEK**, s. 86). Yine spor faaliyetlerini benzer şekilde tanımlayan bazı yazarlara göre, futbol gibi bazı sporlarda sporcular, yaralanacaklarını kabul ederek bu sportif faaliyete katılmaktadırlar. **FRIEDRICH, Paul M.**, Die Haftung des Sportlers aus § 823 Abs.1 BGB, Neue Juristische Wochenschrift, 1996/17, s. 755 (Aktaran **ERTAŞ/PETEK**, s. 86). Bunun yanı sıra, ABD yargı uygulamasında da spor faaliyetleri yönünden benzer bir ölçüt kabul edilmiş olup, birçok üst derece yargı kararında spor faaliyetlerinin “*üstlenilen*” veya “*kabul edilen risk*” (“*assumption of the risk*”) olduğu söylenmiş ve spor faaliyetine gönüllü katılan sporcuların bu faaliyet nedeniyle oluşacak riskleri de üstlendiği yahut kabul ettiği belirtilerek, bundan dolayı karşı tarafın sorumluluğunun bulunmadığına karar verilmiştir. Bkz. **Bukowski v Clarkson Univ.**, 19 N.Y.3d 353, 948 N.Y.S.2d 568 (2012) ([http://www.nycourts.gov/REPORTER/3dseries/2011/2011\\_05912.htm](http://www.nycourts.gov/REPORTER/3dseries/2011/2011_05912.htm), e.t. 20.09.2018); **Latimer v City of New York**, 118 A.D.3d 420, 987 N.Y.S.2d 58 (1st Dept 2014). (<https://www.leagle.com/decision/innyco20140603323>, e.t. 20.09.2018).

hareketleri içeren spor branşlarında, sporcular, hukuk düzenince de izin verilen bu faaliyetlere kendi rızalarıyla katılmaktadırlar. Bu nedenle, spor faaliyetine katılanlar, oyun kuralları dahilinde meydana gelecek zararlı sonuçlar yönünden, açıktan bu sonuçlara izin vermemekte, fakat sonucun meydana gelme riskini kabul etmektedirler. Bu risk sporcular tarafından kabul edildiğinden, spor müsabakalarının kurallarına uygun şekilde yürütülmüş olması koşuluyla, rizikonun gerçekleşmesi ve sporcuların spor faaliyetinden kaynaklı olarak yaralanmaları durumunda, yaralama eylemini gerçekleştiren sporcuların ceza sorumluluğu da doğmayacaktır<sup>30</sup>.

Yukarıda tanımladığımız “kabul edilen risk” kavramının “ilgilinin rızası” ile benzerlik taşıdığı düşünülebilir. Ancak bu iki kavram birbirinden oldukça farklıdır. Zira, ilgilinin rızası TCK’nun 26/2. maddesinde düzenlenmiş olup, buna göre ilgilinin rızasının söz konusu olabilmesi için, rızanın “*kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin*” olması gerekmektedir. Ne var ki, “hayat hakkı” kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edemeyeceği bir hak olup, TCK da öldürülenin rızasına ölüm sonucunu hukuka uygun hale getirici bir etki tanımamıştır<sup>31</sup>. Aynı şekilde, kişinin vücut bütünlüğü üzerindeki tasarruf hakkı ve bu hakkın sınırları da oldukça tartışmalıdır. Dolayısıyla, bir kişinin özellikle hayat hakkı yönünden doğrudan tasarrufta bulunması, doğrudan doğruya hayat varlığını ortadan kaldırmaya mahiyette rıza beyanını açıklaması mümkün değil ise de, bu hakkı yönünden belirli riskleri alabilmesi mümkündür. Bu nedenle, sporcu yalnızca spor faaliyetine katılma yönünden rıza gösterdiğinden, ancak yaralanma ve ölme sonuçları yönünden doğrudan doğruya “rıza” gösteremeyeceğinden, fakat kurallara uygun bir spor faaliyeti kapsamında doğabilecek zararlı sonuçlar yönünden oluşabilecek riskleri kabul edebileceğinden, spor faaliyetlerinin hukuki niteliğini kabul edilen risk bağlamında açıklamak daha isabetli olacaktır<sup>32</sup>.

Kabul edilen risk kavramının, bir hukuka uygunluk nedeni mi yoksa kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden mi olduğu tartışılabilir. Kusur-

30 **ŞİMŞEK**, s. 383. Bunun yanı sıra, İtalyan doktrininde, bu eylemlerin hukuki niteliğini “*gerekli veya ihtiyaç duyulan şiddet*” (“*a violenza necessaria*”) şeklinde tanımlayan yazarlar bulunmaktadır. Bkz. **TRAVERSI**, s. 39.

31 **TOROSLU**, s. 163.

32 **ÜNVER**, s. 187.

luluğun ortak temeli kusurlu irade olduğundan, failin iradesinin kusurlu sayılmasına olanak bulunmayan hallerde ve objektif sorumluluk olarak kabul edilen durumlarda, failin başka türlü hareket etmesi mümkün olmadığından, kusurluluğun da bulunmadığı söylenmektedir<sup>33</sup>. Esasen kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler, suçun manevi unsuruyla ve daha özelden de, kastın “bilme” unsuru ile ilgilidir. Failin fiilinin iradi olması suçun manevi unsurunun olmazsa olmaz şartıdır. Dolayısıyla, failin fiilinden sorumlu tutulabilmesi için, o fiil ile arasında psişik veya manevi bir bağın bulunması gerekmektedir. Bu bağın bulunmadığı durumda fiil faille bağlanamayacağından, kasıt veya taksirden söz etmek de mümkün olmayacaktır<sup>34</sup>. *Beklenmeyen durum, mücbir sebep, maddi ve manevi cebir* gibi haller fail ile fiil arasındaki psişik bağı, dolayısıyla kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerdendir.

Ancak hukuka uygunluk nedenleri, kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerin aksine, suçun manevi unsuru ile ilgili değildir. Hukuka uygunluk nedenlerinin bulunduğu hallerde fiilin manevi unsuru tamdır. Ancak, maddi ve manevi unsuru mevcut olan fiil yönünden, bir hukuka uygunluk nedeninin var olduğu durumlarda, bu hukuka uygunluk nedeni, fiili hukuk düzenine aykırı olmaktan çıkarmaktadır. Bir başka deyişle bunlar, fiilin hukuka aykırı olmasını önlemekte ve dolayısıyla varlıkları halinde, o fiilin artık hukuken meşru veya hukuka uygun bir fiil olarak ortaya çıkmasına neden olmaktadır<sup>35</sup>. Zira, bizim de aynı görüşte olduğumuz suçun ikili ayrımını savunan yazarlara göre, hukuka aykırılık suçun bir unsuru değil, özüdür, suça içkindir<sup>36</sup>. Bu bağlamda, somut olayda hukuka uygunluk nedenlerinden birisinin var olması durumunda, suçun özü niteliğindeki “hukuka aykırılık” ortadan kalkacak ve fiil, somut olayda suçun iki unsuru olan maddi ve manevi unsur gerçekleşmiş olmasına rağmen, hukuk düzeni açısından meşru bir fiil haline gelecektir. Buna göre, hukuka uygunluk nedenleri, araştırılmaları kuramsal olarak kusurluluğa da tahakküm eden durumlardır. Zira, bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı halinde, artık suç fiilinden söz edilemeyeceğinden, o fiilin kusurlu olup olmadığına da bakılmayacaktır<sup>37</sup>.

33 DÖNMEZER/ERMAN, s. 328-329.

34 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 314; TOROSLU, s. 230.

35 TOROSLU, s. 149.

36 TOROSLU, s. 119.

37 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 237.

Bu itibarla, spor faaliyetleri yönünden “*kabul edilen risk*”in kusurlulukla bir ilgisinin bulunduğu söylenemez. Örneğin bir boks müsabakası esnasında, sporcular TCK’nun 86. maddesindeki kasten yaralama suçunun maddi ve manevi unsurlarının tamamını gerçekleştirmektedirler. Bir başka deyişle, boks faaliyeti esnasında kasten yaralama suçunun kanuni tipte yer alan maddi unsuru mevcut olduğu gibi, her iki sporcu da bu fiili karşı tarafın yaralanmasını bilerek ve isteyerek işlemektedirler. Ne var ki, yukarıda izah ettiğimiz şekilde, spor faaliyeti diğer hukuka uygunluk nedenlerinin bir bileşkesi biçiminde, kendine özgü bir hukuka uygunluk nedeni olarak ortaya çıkmakta, sporcular ilgili spor faaliyetini hukuk düzenince konulan kurallara uygun bir şekilde icra etmekte ve fiilin “mağduru” olan sporcu da bundan kaynaklı yaralanma veya daha ağır riskleri de kabullenmekte, bu şekilde ilgili spor faaliyeti, kasten yaralama suçunun kanuni tipteki maddi ve manevi unsurları somut olayda meydana gelmesine rağmen, hukuk düzeni ile uygun bir fiil olarak ortaya çıkmaktadır<sup>38</sup>. Bu nedenle, “*kabul edilen risk*” kavramının, failin fiili gerçekleştirme kastına etki ederek kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden değil, kanuni tipte yer alan maddi ve manevi unsuru bünyesinde barındıran fiili hukuk düzenine aykırı olmaktan çıkararak bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

“*Kabul edilen risk*” şeklinde tanımladığımız bu *sui generis* hukuka uygunluk nedeninin geçerli olabilmesi, dolayısıyla spor faaliyeti esnasındaki yaralanmanın hukuka uygun hale gelmesi için, kanaatimizce üç şartın varlığı gerekmektedir: Öncelikle, kişinin doğacak zararları göze alarak oyuna veya müsabakaya katılmış olması zorunludur. Buradaki “göze almak” şüphesiz ki yaralanmaya veya ölüme açıkça rıza verilmesi değil, böyle bir olasılığın olabileceğinin öngörülmesi ve bunun göze alınmış olmasıdır. İkinci şart, bu sonucun o oyunun kuralları dahilindeki bir hareket neticesinde meydana gelmesidir. Dolayısıyla, spor faaliyetine katılan kişilerin, ancak oyun kuralları çerçevesinde meydana gelebilecek normal yaralanmalara izin verdiğini veya bunların riskini göze aldığını söylemek gerekmektedir<sup>39</sup>. Örneğin, bir boks müsabakasında her iki sporcu da birbirini mücadele edemeyecek veya pes ede-

38 ERTAŞ/PETEK, s. 86; ÜNVER, s. 187.

39 ERTAŞ/PETEK, s. 87; ŞİMŞEK, s. 384.

cek hale gelecek kadar yaralamayı (yumruklamayı) amaçlamaktadır. Burada sporcu aslında doğrudan doğruya yaralanmaya izin vermemekte, ancak kurallara uygun bir şekilde (*hakemin talimatlarına uygun, başlama gongu ile bitiş gongu arasında geçen sürede veya hakemin oyunu devam ettirdiği süre boyunca ve oyunun izin verdiği bölgelere vurmak kaydıyla*) gerçekleşen boks müsabakasında meydana gelebilecek her türlü yaralanma riskini kabul etmiş sayılmaktadır. Böyle bir durumda, herhangi bir sporcunun kasten yaralama suçunu işlediği ileri sürülemez. Üçüncü şart ise, oynanan oyunun “spor” kavramı içerisinde yer alması ve hukuk düzeni tarafından izin verilen, bir başka deyişle “spor müsabakası” olarak tanınmış bir oyun olmasıdır. Bu bağlamda, halkın sansasyonel dürtülerine ve heyecanına yönelen, hırçın, kanlı ve vahşi oyun ve gösteriler (kafes dövüşü vb.) yönünden yapılan anlaşmalar geçersiz olacak ve bunlardan kaynaklı olarak cezai ve hukuki sorumluluk meydana gelecektir<sup>40</sup>.

Görüldüğü üzere, spor faaliyeti, aslında birçok hukuka uygunluk nedenini içinde barındıran, ancak kendine özgü, ayrı bir hukuka uygunluk nedeni olarak ortaya çıkmaktadır. Zira, spor bir haktır. Tek başına belirtilmese dahi, bireyin gelişim hakkından, eğitim, çalışma, sağlık hakkına uzanan çok yönlü ve karmaşık bir yapısı vardır. Devlet tarafından tanınan ve pek çok hakkı içinde barındıran sporun, ceza hukuku yönünden ayrı ve bağımsız bir hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz<sup>41</sup>.

Sonuç olarak, bir spor müsabakası esnasında, bir sporcunun bir diğer sporcuya yönelik yapmış olduğu eylem karşındaki sporcunun yaralanmasına sebebiyet veriyorsa, bu spor branşının hukuk düzenince “spor” olarak tanınmış bir branş olması, eylemin oyun içerisinde yapılmış olması ve katılan sporcuların gönüllü olarak bu müsabakalara katılarak bu oyun içerisinde gerçekleşebilecek ağır sonuçların oluşma riskini kabul etmiş olmaları nedeniyle, spor faaliyetinin *kabul edilen risk* bağlamında bir hukuka uygunluk nedeni halini alması ve yapılan eylemi hukuka uygun hale getirmesi gerektiği kanaatindeyiz.

40 ÇAĞLAYAN, s. 38; ERTAŞ/PETEK, s. 88; ŞİMŞEK, s. 384.

41 MEMİŞ, s. 171.

### III. SPOR FAALİYETLERİNİN NİTELİKLERİNE GÖRE KASTEN YARALAMANIN DEĞERLENDİRİLMESİ

#### A. Genel Olarak

Spor faaliyetleri esnasında en sık rastlanan suç tiplerinden biri kasten yaralama suçudur. İcra edilen sporun kurallarına aykırı bir şekilde ve kasıtlı olarak gerçekleştirdiği hareketle karşısındaki rakibine bedensel olarak zarar veren sporcu, diğer sporcunun spor hakkına tecavüz ettiği gibi<sup>42</sup>, başlı başına karşı taraftaki sporcunun vücut bütünlüğüne bir saldırı da gerçekleştirmektedir<sup>43</sup>. Spor faaliyetleri sırasında, bir kişinin yaralanması ve hatta ölmesi mümkündür. Üstelik bu tehlike aşağıda ayrı bir başlık halinde değineceğimiz doğrudan maddi cebir uygulanan sporlarda hayli yüksek iken, bazı spor branşlarında düşüktür. Ancak hangi spor olursa olsun, spor faaliyeti kapsamındaki hareketler bakımından amaç karşı tarafı yaralamak veya öldürmek değil, o sporu, kuralları dahilinde en iyi şekilde icra edebilmektir<sup>44</sup>.

Dolayısıyla her halükarda, oyun kuralları dahilinde meydana gelen yaralanma ve diğer bedensel zararlar haricinde, karşı taraftaki sporcuya kasten verilen bedensel zararların, Türk Ceza Kanunu'ndaki genel hükümler bağlamında failinin ceza sorumluluğunu doğuracağını söylememiz gerekmektedir. Ne var ki, bu konuda spor branşlarını iki ayrı başlık altında incelemek yerinde olacaktır. Zira, yukarıda da kısaca değindiğimiz üzere, bazı spor branşlarında, sporun icrası doğrudan maddi cebir kullanmayı gerektirirken, bazı spor branşları ise rakibe fiziki temas edilmesini gerektirirken maddi cebir kullanılmasını yasaklamaktadır. Sporcunun müsabaka esnasında karşı taraftaki sporcuya yönelik maddi cebir içeren eylemleri ve bu eylemlerinin sonuçları her iki spor bran-

42 Spor hakkı, Anayasa'nın 59. maddesindeki "*sporun geliştirilmesi için devlete yüklenen ödev*"e ilişkin bir konu olmasının yanı sıra, Anayasa'nın 17., 33., 42. 48. ve 49. maddelerindeki hükümlerle dolaylı olarak, bir temel hak olarak kabul edilmektedir. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. **ERTAŞ/PETEK**, s. 41 vd.

43 **ERTAŞ/PETEK**, s. 406. Spor faaliyeti esnasında gerçekleşen şiddet içeren hareketlerin gerçekten ceza adaleti sisteminin konusu olup olmadığı, dolayısıyla bunların kamu adına soruşturulması gerekip gerekmediği de tartışılmaktadır. **OSBORNE, Barbara**, "*Violent Acts within the Context of the Game: On-Field Occurrences and Prosecution*", *Sport and Criminal Behaviour*, (ed. by LEE, Jason W. / LEE, Jeffrey C.), North Carolina, 2009, s. 85-86.

44 **ŞEN, Ersan**, "6222 sy. Kanun ve Sporda Ceza Sorumluluğu", <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1692923-6222-sayili-kanun-ve-sporda-ceza-sorumlulugu> (e.t. 17.07.2018).



şında farklılık arzedeceğinden, spor faaliyetinden kaynaklanan kasten yaralama suçunu da bu iki spor branşını yönünden ayrı ayrı incelememiz gerekmektedir.

## **B. Doğrudan Maddi Cebir Kullanılan Spor Branşlarında Kasten Yaralama**

Bazı sporlarda, doğrudan doğruya rakibe yöneltilen maddi cebir veya şiddet içeren hareket, bizzat o sporun icra edilmiş biçimini oluşturmaktadır. “Dövüş sporları” olarak da adlandırılan boks, karate, tekvando, judo gibi sporlarda, yapılan sporun doğası gereği sporcuların yaralanma riski çok yüksektir, hatta yapılan spor zaten sporcuların birbirlerini yaralamalarına ilişkindir. Bir başka deyişle, dövüş sporları, nitelikleri gereği yaralamayı bünyelerinde barındıran sporlar olduklarından, sporcuların kastı zaten birbirlerini yaralamaya, bedensel olarak zarar vermeye yönelik olup, bu zararlı sonuç hukuken de kabul edilmiştir<sup>45</sup>. Zira, Devletin bir yandan bu sporları bir spor branşını olarak tanıyıp bu şiddet içeren eylemlere izin verirken ve hatta teşvik ederken, öte yandan bu eylemleri cezalandırma yoluna gitmesi tutarsız olacaktır<sup>46</sup>. Dolayısıyla, bu sporlara ilişkin olarak, oyun kuralları içerisinde gerçekleştirilen yaralama eylemleri sporcular yönünden hukuka uygunluk nedeni niteliğinde olduğundan, örneğin bir boks müsabakasında burnu kırılan veya karate müsabakasında vücudunda morluklar oluşan bir kimsenin bu eylemler yönünden şikayetçi olması, karşı taraftaki sporcunun da kasten yaralama suçunun faili haline gelmesi düşünülemeyecektir. “Spor faaliyeti”, gerçekleştirilen kasten yaralama eylemini, hukuka uygun hale getirmektedir.

Ancak, spor faaliyetinin hukuka uygunluk nedeni olma şartlarının oluşmadığı hallerde, fiilin cezai sonuçlarından bahsetmek mümkündür. Yukarıda açıkladığımız üzere, bu üç şart; sporcuların riskleri göze alarak müsabakaya katılmaları, hareketin oyun kuralları dahilinde gerçekleştirilmiş bir hareket olması ve söz konusu oyunun hukuk düzenince izin verilmiş, “spor” olarak tanınmış bir oyun olmasıdır. Bu şartlardan birinin dahi söz konusu olmadığı halde, kasten yaralama suçundan söz etmek mümkün hale gelecektir.

<sup>45</sup> MEMİŞ, s. 127.

<sup>46</sup> TRAVERSI, s. 42-43.

Örneğin, bir dövüş sporunda, hakemin bitiş düdüğünden sonra rakibine yumruk atmaya devam eden sporcunun eylemi, ceza hukuku yönünden tartışılmalıdır. Burada sporcunun bitiş düdüğünü algıladığı hal ile algılamadığı hal arasında bir ayırım yapmak gerekmektedir<sup>47</sup>. Eğer sporcu hakemin bitiş düdüğünü algıladığı halde halen rakibine vurmaya devam ediyorsa, artık bu hareketin oyun kuralları dahilinde gerçekleşen bir hareket olduğunu söylemek mümkün değildir. Dolayısıyla yukarıda saydığımız üç şarttan ikincisi bulunmadığından, artık burada bir hukuka uygunluk nedeninden de bahsetmek söz konusu olmayacaktır. Bu şekilde gerçekleştirilen bir eylem, TCK'nun 86. maddesinde düzenlenen Kasten Yaralama suçuna vücut verecek ve fail, bu suçtan dolayı cezalandırılacaktır. Öyle ki, TCK'nun 87. maddesindeki *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama* düzenlemesi uyarınca, failin bu eylemi nedeniyle mağdurda,

- Yüzde sabit iz, duyu veya organlardan birindeki işlev zayıflaması, konuşmada sürekli zorluk, yaşamı tehlikeye sokan bir durumun oluşması;
- Mağdurun bitkisel hayata girmesi, duyu veya organlardan birindeki işlevin yok olması, konuşma veya çocuk yapma yetisinin kaybolması, yüzde sürekli değişiklik;
- Vücutta kemik kırığı veya çıkığının oluşması;
- Yahut ölüm sonucu irade edilmese dahi ölüm sonucunun meydana gelmesi

gibi hallerde, verilecek olan ceza daha da arttırılacaktır.

Sporcunun algılaması gereken bitiş işaretini algılamaması ve şiddet içeren eylemine devam etmesi halinde ise, bu kez ikili bir ayırımı yapmak gerekecektir:

- a.** Eğer sporcu dikkatsizliği nedeniyle bitiş düdüğünü algılayamamışsa, failin taksirli yaralama olarak değerlendirilmesi mümkündür. Taksirli sorumluluğun esasını, failin uyulması zorunlu olan davranış kurallarına uymak suretiyle önleyebileceği bir fiili, bu davranış kurallarına uymayarak, zararlı sonucu istemeden de olsa gerçekleştirmiş olmasından dolayı hukuk düzenince kınanması

<sup>47</sup> MEMİŞ, s. 128.

oluşturmaktadır<sup>48</sup>. Bu bağlamda, fail, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir biçimde zararlı sonuca sebebiyet verdiğiğinde, TCK m. 22/2'deki genel hüküm uyarınca o suçun taksirli halinin kanunda özel olarak düzenlenmiş olması kaydıyla, taksirli suçtan sorumlu olmaktadır. Nitekim sporcu da icra ettiği sporun teknik kurallarını bilmesi kendisinden beklenen kişidir ve bu kuralları dikkatsizliği, özensizliği yahut bilgisizliği nedeniyle ihlal ederek, öngörmesi gereken hareketi öngörmediği ve bu nedenle zararlı sonuca sebebiyet verdiği durumda, taksir sorumluluğu söz konusu olacaktır<sup>49</sup>.

**b.** Eğer sporcu, bütün dikkatine rağmen bitiş düdüğünü algılayamamışsa, bu kez ceza sorumluluğundan bahsetmek mümkün değildir. Örneğin, sporcu müsabakada kulağına bir darbe almış yahut rakibi tarafından engellenmiş veya müsabaka salonundaki düdüğü duymamasına neden olacak denli yüksek gürültü nedeniyle düdüğü duymamış ve müsabakanın devam ettiği yanlışına düşmüş olabilir<sup>50</sup>.

O halde, failin, rakibini oyun kuralları dışında kasten yaralamak gibi bir iradesi, dolayısıyla kusuru bulunmadığı söylenebilir. Bu gibi durumlarda, failin cezalandırılmamasının hukuki dayanağını TCK'nun 30. maddesindeki “*Hata*” düzenlemesinde bulmak mümkündür.

TCK'nun 30. maddesinde Hata, “*Failin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz.*” şeklinde düzenlenmiştir. Hata, genel olarak, dış dünyaya ait bir olgunun olduğundan farklı, yanlış bir biçimde tanınması veya bilinmesi anlamına gelmektedir. Hata, “bilmeme”den farklıdır. Zira bilmeme bir konudaki eksikliği ifade ederken, hata bunun aksine farklı bir bilgi anlamına gelmektedir. Bu anlamıyla hata, bilmeme gibi bir eksikliği değil, bilakis bir fazlalığı ifade etmektedir<sup>51</sup>. Bu bağlamda, suçun

48 **ANTOLISEI**, s. 373; **DELOGU, Tullio**, “*Modern Hukukta Taksirli Suçun Önemi*”, AÜHFĐ, C. 39, S. 1-2, Ankara, 1987, s. 105; **EREM**, s. 520-523; **MANTOVANI**, s. 341; **TOROSLU**, s. 197.

49 **KESKİN, O. Kadri**, *Ceza ve Hukuk Uygulamasında Taksirle Ölüme ve Yaralanmaya Sebebiyet*, Ankara, 1991, s. 11-12; **MEMİŞ**, s. 128.

50 **MEMİŞ**, s. 128.

51 **ANTOLISEI**, s. 410; **GÜNGÖR, Devrim**, *Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata*, Ankara, 2007, s. 23; **MANTOVANI**, s. 378; **TOROSLU**, s. 216.

maddi unsurundaki hususlar üzerine, bir başka deyişle fiil üzerinde hataya düşen, örneğin av hayvanı sanarak bir insana ateş eden kişi, bu hatasından yararlanmakta ve kasten hareket etmiş sayılmamaktadır. Bir başka deyişle, suçun maddi unsurlarında bu şekilde bir hataya düşmüş kişinin kastı ortadan kalkmış olup, bu durum fiili hatanın “kastın olumsuz yanı” olduğu şeklinde tanımlanmaktadır<sup>52</sup>.

Fail, suçun maddi unsurlarında olduğu gibi, hukuka uygunluk nedenlerinde hataya düşmesi durumunda da, bu hatasından yararlanmaktadır. TCK'nun 30/3. maddesinde, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler yönünden, eğer bu hata kaçınılmaz bir hata ise, failin hatasından yararlanabileceği söylenmiştir. Bu hükme göre, “*Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.*”<sup>53</sup> TCK'nun İkinci Kısım İkinci Bölümü, aynı başlık altında hem meşru savunma, zorunluluk hali, ilgilinin rızası gibi fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran hukuka uygunluk nedenlerini; hem de şiddet, cebir gibi failin kusurluluğunu ortadan kaldıran, dolayısıyla kusurluluğa etki eden nedenleri aynı başlık altına toplamış ve bu anlamda suç genel teorisi ile ilgili gelişmelere ters düşen, ayrıca hem metodolojik hem de pratik açıdan hatalı bir düzenleme yapmıştır<sup>54</sup>. Ancak, netice olarak, hukuka uygunluk nedenlerinde yapılan hatanın bu hüküm kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

TCK'nun 30/3. maddesinde yer alan bu hükme göre, failin bu yöndeki hatasından yararlanabilmesi için, hatanın “kaçınılmaz” olması zorun-

52 **ERMAN, R. Barış**, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 2006, s. 24.

53 Bu madde başlangıçta “*bukuka uygunluk nedenlerinde bata*” şeklinde düzenlenmişken, sonra daha geniş kapsamlı bir düzenleme olması amacıyla “*ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler*” şeklinde değiştirilmiştir. TCK m. 30/3'ün Hükümet Gerekçesinde bu durum şu şekilde izah edilmiştir: “*Hükümet Tasarısının 23 üncü maddesinin 3 üncü fıkraya veya bendinde düzenlenen “bukuka uygunluk nedenlerinde bata” ile ilgili hüküm, bölüm başlığımıza paralel olarak değiştirilmiştir. Madde metnindeki “bukuka uygunluk nedenleri” yerine, “ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler” ibaresi konulmuştur. Somut olayda söz konusu nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda bataya düşen kişi, bu hatasından yararlanabilecektir. Ancak, bunun için hatanın kaçınılmaz olması gerekir. Hatanın kaçınılabilir olması durumunda ise, kişi işlediği fiilden dolayı sorumlu tutulacak ve fakat bu bata, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır.*”

54 **GÜNGÖR**, s. 62. Ayrıca bu düzenleme hakkındaki eleştiriler için bkz. **TOROSLU, Nevzat / ER-SOY, Yüksel**, “*Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı*”, *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap*, Ankara, 2004, s. 1-20.

ludur. Hataya düşmenin kaçınılmaz olmasını, kusursuz olmak şeklinde anlamak gerekir. Bunun için fail, fiili işlediği sırada bir hukuka uygunluk nedeninin bulunduğu konusunda yaptığı hata nedeniyle kınanamamalı, dikkatsiz ve özensiz davranmış da olmamalıdır<sup>55</sup>. Zira fail hataya düşmekte dikkatsiz ve özensiz davranmışsa, dolayısıyla hata kaçınılmaz bir hata değilse, kusursuz sayılamayacak, ancak yine de fiili kasten işlediği de kabul edilmeyecek ve taksir sorumluluğu doğacaktır<sup>56</sup>.

Bir hukuka uygunluk nedeni olarak spor faaliyeti yönünden de fiil üzerinde hatanın söz konusu olabileceği düşünülebilir. Yukarıda verdiğimiz örnek üzerinden devam edilir ise; müsabakanın bitiş düdüğünü duymayan ve halen devam ettiğini düşünen boksör, bitiş düdüğünden sonra rakibine yumruk atmaya devam ederken, halen spor faaliyeti yapmaya devam ettiğini düşünmektedir. Sporcunun bu yöndeki hatası kaçınılmaz bir hata ise, yani gerekli dikkat ve özen yükümlülüğünü göstermiş buna rağmen bitiş düdüğünü duymamışsa (*örneğin yine yukarıda verdiğimiz örnekteki gibi kulağına aldığı darbe veya rakibinin duymasını önlemesi yabut müsabaka salonunda çok fazla gürültü olması gibi sebeplerle*), bu durumda artık hatası kaçınılmazdır. Sporcu, TCK m. 30/3 uyarınca bu kaçınılmaz hatasından yararlanacak ve müsabaka bittikten sonra rakibini yaralamış dahi olsa, bu hata sebebiyle ceza sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Ancak, yine yukarıda belirttiğimiz şekilde, sporcu dikkatsiz veya özensiz davranması nedeniyle bitiş düdüğünü duymamışsa, eylemi taksirli yaralama suçuna vücut verecektir.

Son olarak, bu tür sporlar yönünden incelenmesi gereken husus, hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması kurumudur. TCK'nun 27. maddesindeki bu düzenlemeye göre, "*Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı*

55 GÜNGÖR, s. 69.

56 ERMAN, s. 386-387; HAFIZOĞULLARI, Zeki, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Kusurluluğu Kaldıran Nedenlere Genel Bir Bakış", Polis Dergisi, S. 44, Ankara, 2005, s. 81. Bunun yanı sıra, hukuka uygunluk nedenlerindeki hata neticesinde "sözde (mefruz) suç" oluşacağını, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarının varsayılması kaçınılmaz bir yanılığa dayandığı ölçüde fail sorumluluktan kurtulurken, sözde (mefruz) suç dolayısıyla da cezalandırılmasının gündeme gelemeyeceğini ve failin cezalandırılmamasının nedenini burada aramak gerektiğini söyleyen yazarlar da mevcuttur. Bu görüşler için bkz. ERMAN, s. 313-313.

*cezanın altında birinden üçte birine kadarı indirilerek hükümlenir.*" Spor faaliyeti, bir hukuka uygunluk nedenidir. Bu bağlamda, söz gelimi bir boksör veya tekvandocu, karşısındaki rakibine tekme veya yumruk atma veya onu yaralama hakkına sahiptir. Ancak, sporcu, oyun kurallarına göre vurmaması gereken bir yere (mesela rakibinin genital bölgesine) vurmuşsa veya eldiveninin içine rakibine zarar vermek için demir parçası yahut muşta yerleştirmişse, bu durumda hakkın kötüye kullanılmasından yahut hukuka uygunluk nedeniyle sınırın aşılmasından söz edilecektir<sup>57</sup>. Sınır (eldivene demir yerleştirme örneğinde olduğu gibi) kasten aşıldığında, zaten burada artık failin tam ceza sorumluluğu gündeme gelecektir<sup>58</sup>. Zira TCK m. 27/1 sınırın aşılmasında taksirden bahsetmiş olup, buna göre, kasten sınırın aşılması durumunda bu hükmün uygulanmayacağı ve failin tam ceza sorumluluğunun doğacağı tartışmasızdır. Buna karşın, failin sınırı aşması yukarıda da açıkladığımız şekilde tedbirsiz, dikkatsiz ve özensiz davranışından meydana gelirse TCK m. 27/1 uygulanacak, fail suçun taksirli halinden cezalandırılacaktır. Ancak TCK m. 27/1 burada da farklı bir rejim öngörmekte, hukuka uygunluk nedenlerinde taksirli davranışla sınırın aşılması durumunda faile verilecek cezada, suçun taksirli halinde verilecek cezaya göre belli oranlarda indirim yapılacağını düzenlemektedir.

### **C. Maddi Cebir Kullanılmayan Spor Branşlarında Kasten Yaralama**

Doğrudan maddi cebir kullanılmayan temaslı sporlarda, ceza sorumluluğunun belirlenmesi yönünden durum farklıdır. Özellikle, takım sporlarında sporcuların birbirlerini yaralamalarına sıklıkla rastlanmaktadır. Futbol, basketbol, hentbol, ragbi gibi takım halinde yapılan, dövüş sporları gibi doğrudan maddi cebir kullanılmayan, ancak sporcuların birbirlerine yoğun bir biçimde temas ettiği takım sporlarında, yaralama sonucunun meydana gelmesi de kaçınılmazdır.

57 ŞEN, a.g.e.

58 DÖNMEZER/ERMAN, s. 152-153.

*"Silah kullanma yetkisine sahip olmasına rağmen, bu yetkiyi gereksizce işgüzar bir bereketle ve halin icap ettirmedeği şekilde aşan asker kişi bakımında, hukuka uygunluk sebebinde sınırın aşılmasına ilişkin hüküm uygulanmaz. Sınır kasden aşıldıkta, (765 sy.) TCK 50. Madde tatbik edilemez."* (As. Yargıtay DK, 08.01.1971, E. 5 K. 2. Bkz. DÖNMEZER/ERMAN, s. 153.

Burada da yukarıdaki ayrımı yaparak konuyu değerlendirmemiz gerekmektedir: Eğer yaralama fiili, sporcunun oyun dahilinde yapmış olduğu bir hareket ise, bunu da hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmek yerinde olacaktır. Örneğin, bir futbol maçında, bir takım oyuncusu rakip takımındaki bir oyuncunun ayağına oyunun gidişatı içerisinde bir müdahalede bulunursa, bu hareket oyun talimatlarını ihlal etmesine ve hakem tarafından, duruma göre sarı veya kırmızı kartla cezalandırılmasına rağmen, söz konusu futbolcunun kasten yaralama suçunu işlediği söylenemeyecektir. Ancak, aynı sporcunun oyun durduktan sonra rakibine tekme veya yumruk atmaya devam etmesi halinde, bunun artık spor faaliyetinden kaynaklı bir hareket olmayacağı, oyunun gidişatından tamamen bağımsız bir şekilde rakibe yönelik bir saldırı mahiyetine sahip olacağı ve kasten yaralama suçuna vücut vereceği açıktır<sup>59</sup>.

Türkiye'deki uygulamaya baktığımızda, spor alanları içerisinde, sporcular tarafından rakiplerine yönelik olarak oyun kurallarının dışında gerçekleştirilen tüm faaliyetler, bunun yanı sıra hakemlere yahut seyircilere yönelik faaliyetler, ayrıca bu kişilerin (*sporcu, teknik heyet, hakem ve seyirci*) birbirlerine karşı meydana gelen eylemleri kasten yaralama suçu kapsamında değerlendirilmektedir. Zira, spor alanlarındaki şiddet ve düzensizlik eylemlerine yönelik yürürlüğe giren 6222 sayılı 'Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun'un 17. maddesi uyarınca, "*Spor alanlarında kasten yaralama suçunun veya mala zarar verme suçunun işlenmesi halinde şikayet şartı aranmaksızın, Türk Ceza Kanununun ilgili maddelerine göre cezaya hükmolünür.*" Kanun koyucu burada farklı bir düzenlemeye gitmiş ve kasten yaralama suçlarıyla ilgili olarak TCK'nun genel hükmü olan m. 86-87 hükmüne atıfta bulunurken, ceza sorumluluğunu da bir ölçüde genişletmiş, genel hükümlere göre basit yaralama eylemleri yönünden şikayet şartı ara-

59 Örneğin, Bourges İstinaf Mahkemesi, bir futbolcunun topa müdahalede yanlış hareketi ile rakip futbolcuyu yaralaması üzerine, hakemin sarı kart göstermesine rağmen aynı futbolcunun hareketine devam ederek rakibine vurmasını kasten yaralama olarak değerlendirmiştir (*Cour d'Appel de Bourges, 23 Mayıs 1991, Juris-Data n. 1991-051551* Bkz. **MEMİŞ**, s. 129.

ABD'de de, spor faaliyeti esnasında yapılan hareketin, oyunun akışına uygun ve refleksif bir hareket olmaması ve rakibine bedensel zarar verme amacı taşıması söz konusu ise, bu hareket suç olarak kabul edilmektedir. Spor faaliyeti esnasındaki bu şiddet hareketleri "basit" ve "ağır" olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Böyle bir durumda, yaralanan sporcunun zararını maddi olarak tazmin hakkının yanı sıra, rakibine kasten zarar veren sporcunun ceza sorumluluğu da ortaya çıkmaktadır (The Model Penal Code § 2.11.1 Bkz. **OSBORNE**, s. 89-90).

nırken, bu eylemlerin spor alanları içerisinde gerçekleştirilmesi halinde şikayet şartı aranmaksızın re'sen soruşturma ve kovuşturma konusu yapılacağını öngörmüştür. Kanun koyucu bu hükümlerle, basit yaralama eylemi, suçun soruşturulması ve kovuşturulması yönünden mağdurun üzerinde tasarruf edebileceği bir hakkı iken, spor alanlarında bu suçun işlenmesi halinde konuyu kamu düzeni yönünden daha önemli görmüş ve şikayet şartı aranması şartını ortadan kaldırmıştır<sup>60</sup>.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, her ne kadar 6222 sy. Kanun'un 17/1. maddesinde yalnızca “spor alanlarında kasten yaralama suçunun işlenmesi”nden bahsedilse de, bu suçun söz konusu olabilmesi için, eylemin spor faaliyetinin kuralları dışında işlenmiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla, örneğin bir futbol maçında rakibinin üzerine doğru şut çekerek topun şiddetiyle rakibini yaralayan<sup>61</sup> yahut topu almak isterken rakibini yaralayan bir futbolcunun eylemi<sup>62</sup>, spor faaliyeti kapsamında

60 “...Ormanspor oyuncusu Şüpheli Ö.Ö.'nün Keçiören Sportif A.Ş. oyuncusu olan müşteki B.Y.'nin yanına geldiği, şüpheli ile müştekinin maç ile ilgili olarak aralarında karşılıklı olarak tartışmaya başladıkları, tartışmanın bir müddet sonra kaugaya dönüştüğü, olay neticesinde... müştekinin bayati tehlike geçirmeksizin basit tıbbi müdahale ile giderilecek şekilde hafif nitelikte yaralandığı... tüm soruşturma evrakı kapsamında anlaşılmıştır.

Sanık hakkında kasten yaralama suçundan cezalandırılması için kamu davası açılmış ise de; atılı suçun şikayete tabi oluşu ve şikayetten vazgeçme nedeni ile açılan davanın düşürülmesine karar verilmiştir.

Sanığın ve mağdurun karşılıklı müsabaka yapan futbol takımlarının futbolcusu oldukları ve sanığın suçu maçı sonunda saha içinde işlemesi nedeniyle 6222 sayılı Kanununun 17/1. Maddesi gereğince suçun takibi şikayete tabi olmadığı gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi... hukuka aykırı...” (Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 02.06.2015, 2015/1217 E. ve 2015/18626 K. Bkz. HÜR MÜZ, s. 101-102.)

“6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanununun 17. Maddesinde ‘Spor alanlarında kasten yaralama suçunun veya mala zarar verme suçunun işlenmesi halinde şikayet aranmaksızın 26/09/2004 tarihli Türk Ceza Kanununun ilgili maddelerine göre cezaya hükmolunur’ hükmü gereğince şikayetten vazgeçme nedeniyle kamu davasının düşürülmesine karar verilemeyeceğinin gözetilmemesi...” (Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 29.09.2015, 2015/8813 E. ve 2015/26361 K.)

61 Yargıtay bu gibi durumlarda, söz konusu eylem suç tipini ihlal etse de, spor faaliyetinin hukuka uygunluk nedeni olması dolayısıyla beraat kararı verilmesi gerektiğini açıkça belirtmektedir:

“Dosya içeriğine göre; olayın halı sahada futbol oynandığı sırada kaleye şut çekilmesi sonucu gerçekleştiği dikkate alındığında, sanık hakkında 5271 sayılı CMK'nın 223/2-d maddesi gereğince yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması gereğiyle beraat kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden...” (Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 19.04.2013, 2012/17736 E. ve 2013/10604 K.)

62 “Olay günü sanık ile katılanın halı saha maçında karşılıklı olarak futbol oynadıkları, sanığın oyun esnasında havaya yükselen topa doğru yöneldiği ve topu almak isterken kasıtlı bir bareketi



ve sınırları içerisinde kaldığından, bu eylemler ceza hukukunun konusu olmayacaktır. Yargıtay bahsi geçen içtihatlarında görüleceği üzere, spor faaliyetini bir hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirmekte ve güncel içtihadına göre bunu da TCK'nun 26/2. maddesindeki “*İlgilinin Rızası*” hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmekte, bu bağlamda spor faaliyeti esnasında meydana gelen yaralanmalarda ilgilinin önceden zararlı sonuca rıza gösterdiği gerekçesiyle suçun gerçekleşmediğine hükmetmektedir<sup>63</sup>.

Bunun yanı sıra, spor faaliyetinin icrası sırasında olsa dahi, eğer oyunun gerektirdiği sertliğin dışında, bir başka deyişle oyunun icrasıyla ilgisi olmaksızın rakibine kasten saldırıda bulunan sporcunun eyleminin de, kasten yaralama suçunu oluşturacağını ve failinin ceza hukukunun genel hükümlerine göre cezalandırılacağını söylememiz gerekmektedir. Örneğin, bir futbol maçında, maç devam etmekteyken, pozisyonla tamamen ilgisiz bir biçimde rakibine saldırıda bulunan bir futbolcunun bu eyleminin, kasten yaralama suçuna vücut vereceği kanaatindeyiz. Zira, böyle bir hareketin, saldırıya uğrayan sporcu yönünden “*kabul edilen risk*” kapsamında olmadığı, böyle bir riskin oyunun icrasıyla herhangi bir ilgisinin bulunmadığı ve dolayısıyla müsabakaya katılan sporcunun böyle bir yaralanma riskini peşinen öngöremeyeceği ve bunu kabul etmesinin de düşünülemediği açıktır.

Kasten yaralama suçunun, spor faaliyetlerinin icra edildiği esnada sadece sporcuların birbirlerine karşı işleyebilecekleri bir suç olduğu düşünülmemelidir. Özellikle 6222 sy. Kanundaki düzenleme düşünüldüğünde, spor alanı içerisinde olmak kaydıyla, spor faaliyetine doğrudan

---

*olmaksızın katılan B.V.'nin yüzüne kafasının gelmesiyle katılanın göz çukuru çevre kemiğinin kırık oluşacak şekilde yaralandığı, tüm dosya içeriğinden sanığın yaralama kastı ile hareket etmediği ve katılan ile sanığın kazaen çarpışması ile katılanın yaralandığı, futbol gibi spor müsabakalarında kasıtlı yaralamalar hariç kazaen yaralamalar yönünden müsabaka öncesi oyuncuların rızalarının bulunduğu ve TCK'nın 26/2. maddesi gereğince de bu rıza çerçevesinde gerçekleşen yaralanmadan ötürü sanığın sorumlu tutulamayacağı açıktır.” (Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 04.12.2013, 2013/5763 E. ve 2013/27915 K. Bkz. HÜRMEZ, s. 95-96)*

63 Bkz. Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 04.12.2013, 2013/5763 E. ve 2013/27915 K. Bunun yanı sıra, spor faaliyetinin başlı başına TCK m. 26/2 uyarınca “*ilgilinin rızası*” hukuka uygunluk nedeni ile açıklanamayacağı, zira ilgilinin zararlı sonuca doğrudan doğruya rıza göstermediği, yalnızca bu zararlı sonucu öngörerek riskini kabul ettiği, dolayısıyla spor faaliyetlerinin “*kabul edilen risk*” bağlamında ayrı ve bağımsız bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi gerektiğini söylemiştik.

veya dolaylı olarak katılan tüm sùjelerin (*sporcu, teknik adam, menajer, idari personel, hakem, seyirci vb.*) bu suçtu birbirlerine karşı işlemesi mümkündür. Dolayısıyla kasten yaralama suçtu, sporcu tarafından seyirciye<sup>64</sup>, hakemler ve sporcular tarafından birbirlerine (*6222 sy. Kanun m. 20 uyarınca hakemler yapmış oldukları görev nedeniyle kamu görevlisi sayıldıklarından, hakemlere karşı işlenen kasten yaralama suçtu TCK m. 86/3 (c) uyarınca "kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle" işlenen yaralama suçtu olup, faile verilecek ceza ağırlaştırılmaktadır*)<sup>65</sup> yahut seyirciler tarafından sporcu, hakem, diğer seyirciler veya spor alanındaki görevlilere karşı işlenebilir<sup>66</sup>.

Sonuç olarak, spor faaliyetleri esnasında gerçekteştirilen eylemlerin

- 64 Bu konudaki en çarpıcı örnek, 25 Ocak 1995 tarihinde İngiltere'de Crystal Palace Stadında, dönemin en ünlü futbolcularından Manchester United'lı Eric Cantona'nın seyircilerden birine tekme atarak yaralaması olayında, Fransız Ceza Mahkemesince Cantona'ya iki haftalık hapis ve 2000 Frank para cezası verilmiştir. Bkz. **MEMİŞ**, s. 129.
- 65 "Müşteki sanık Ö.FE.'nin 25/02/2009 tarihinde Antakya Nazım Kokar Stadında oynanan MKÖ Spor ile Dikmece Spor futbol müsabakasında orta hakem olarak görev yaptığı, bu görevinden dolayı da kamu görevlisi statüsünde olduğu, orta hakem olarak görev yapan müşteki sanık Ö.FE.'nin Dikmece Spor'da futbol oynayan müşteki sanık Ö.Y.'ye kurallara uymaması ve oyun düzenini bozması nedeniyle kırmızı kart gösterdiği, bu sırada müşteki sanık Ö.Y.'nin Ö.FE.'ye tepki gösterdiği ve aralarında çıkan tartışma sonucu karşılıklı birbirlerine vurarak adli raporda belirtildiği şekilde yaralandıkları..." (Yargıtay 4. CD, 21.01.2015, 2014/31271 E. ve 2015/1793 K. Bkz. **HÜR MÜZ**, s. 100.)
- "Sanığın 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanununun 20. Maddesi gereği kamu görevlisi sayılan kamu görevlisi sayılan katılanı yaşamını tehlikeye sokacak vücudunda kemik kırılmasına ve iyileşme olanağı bulunmayan hastalığa girmesine neden olacak şekilde yaralama eyleminden dolayı birden fazla nitelikli yaralanma suçtu işleyen sanık hakkında alt sınırdan uzaklaşarak cezalandırmaya başlanarak ve TCK'nin 86/1, 86/3-c, 87/2-a-son maddeleri gereği ceza haddinin 8 yıldan az olmayacağının gözetilmeden 4 yıl 2 ay hapis cezasına hükmolunması suretiyle eksik ceza tayini..." (Yargıtay 3. CD, 27.04.2015, 2014/38884 E. ve 2015/14858 K. Bkz. **HÜR MÜZ**, s. 101)
- 66 "Olay tarihinde futbol müsabakasında klasman temsilcisi olarak görev yapan müştekiye karşı sanık M.F.'nin yumrukla vurarak basit tıbbi müdahaleyle giderilecek şekilde yaraladığı anlaşılmıştır." (Yargıtay 3. CD, 01.04.2013, 2012/12308 E. ve 2013/13393 K. Bkz. **HÜR MÜZ**, s. 94)
- "Suç tarihinde Körfez Belediyespor ile Gebze Spor takımları arasında oynanan futbol müsabakası öncesinde amigoluk yapmak maksadıyla saba içerisine giren sanığın, görevli olmayanların saba içerisinden çıkması amacıyla yapılan 3 anonsa rağmen saba içinden çıkmaması ve rakip takım seyircilerini tabrik eder nitelikte davranışları üzerine görevli polis memurları tarafından sabayı terk etmesinin istenmesinden sonra müştekelere "sizin ananızı sinkaf ederim, şerefsizler, siz kim oluyorsunuz beni buradan çıkarıyorsunuz" diyerek hakaretlerde bulunduğu ve tekme ve yumrukla saldıvarak alınan doktor raporlarına göre müştekilerin tümünü basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaraladığı, sanığın bu şekilde üzerine atılı suçtu işlediği... anlaşılmakla..." (Yargıtay 5. CD, 20.06.2013, 2012/11905 E. ve 2013/6902 K. Bkz. **HÜR MÜZ**, s. 95)

ceza hukukunun konusunu oluşturabilmesi için, hukuka uygunluk nedeni haline gelmesi için gerekli zorunlu şartları taşımaması, bir başka deyişle oyunun kuralları veya süresi dışında yapılması veya yapılan müsabakanın hukuk düzenince “spor” olarak tanınmayan bir oyun olması gerekmektedir. İster dövüş sporu ister dövüş sporu olmamakla beraber rakiplerin birbirlerine temas etmesi gereken bir spor branşı olsun, yapılan hareket o spor branşının icrası gereği yapılan, fakat rakibin yaralanmasına sebebiyet veren bir hareket ise, yaralanma şeklinde vuku bulan zararlı sonuç “*kabul edilen risk*” kapsamında değerlendirileceğinden, ceza hukukunu ilgilendiren bir eylem söz konusu olmayacaktır. Ne var ki, bu kapsama girmeyen ve “*kabul edilen risk*” bağlamında düşünülmesi mümkün olmayan her türlü kasten yaralama eylemi, TCK m. 86-87 uyarınca kasten yaralama suçunun konusu olacak ve fail, bu eylemi nedeniyle, üstelik 6222 sy. Kanun’un 17/1. maddesi nedeniyle basit yaralama suçu bakımından şikayet şartı da aranmaksızın, genel hükümlere göre cezalandırılacaktır.

#### **D. Türk Spor Mevzuatında Kastten Yaralama**

Adli yargının yanı sıra, spor faaliyetleri sırasında meydana gelen kasten yaralamalar, spor teşkilatı içerisinde de çözümlenmeye çalışılmaktadır. Türk spor teşkilatı içinde Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü disiplin organları, yaralama fiillerinin spor faaliyetleri esnasında gerçekleşmesi halinde, bunu mümkün merteye adli yargıya yansıtmadan, kendi düzenlemeleri içerisinde ele almakta ve çözüme kavuşturmaktadır<sup>67</sup>.

Kasten yaralamaya ilişkin olarak, 3289 sayılı Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun’un 11. maddesi çerçevesinde yürürlüğe giren ‘Gençlik ve Spor Müdürlüğü Amatör Spor Dalları Ceza Yönetmeliği’nin 58. maddesinde “*Fiilen Tecavüz*” hükmü düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca, “(1) Yarışma öncesinde, sırasında veya sonrasında görevli hakem, gözlemci, temsilci, saba komiseri ve teşkilat mensuplarına fiilen tecavüze yeltenen kişi üç aydan bir yıla kadar yarışmalardan men veya o kadar süre hak mahrumiyeti cezası ile cezalandırılır. (2) Müessir fiil işlemek suretiyle tecavüz eden kişi bir yıldan üç yıla kadar yarışmalardan men veya o kadar süre ile hak

67 MEMİŞ, s. 130.

*mabrumiyeti cezası ile cezalandırılır .Müessir fiil ile tecavüz birden fazla kişi tarafından birlikte işlenirse her birine verilecek ceza bir misli arttırılır.”*

Görüldüğü üzere, spor süjelerine karşı gerçekleştirilen kasten yaralama eylemleri spor teşkilatı içerisinde çözümlenmeye çalışılmış ve bu tür eylemlere spor faaliyetinden men gibi yaptırımlar öngörülmüştür. Aynı şekilde, Yönetmeliğin 61. maddesinde de, “(1) Yarışma öncesinde, sırasında veya sonra sonda diğer bir sporcuya tekme, kafa yumruk ve sair surette vuranlar bir aydan bir yıla kadar yarışmalardan men veya o kadar süre ile hak mabrumiyeti cezası ile cezalandırılırlar. (2) Sporculara fiilen tecavüze yeltenen kişi üç aydan bir yıla kadar yarışmalardan men veya o kadar süre ile hak mabrumiyeti cezası ile cezalandırılır. (3) Müessir fiil işlemek suretiyle tecavüz eden kişi bir yıldan üç yıla kadar yarışmalardan men veya o kadar süre ile hak mabrumiyeti cezası ile cezalandırılır.” denilerek, kasten yaralama düzenlemesine devam edilmiştir. Esasen burada sporcunun diğer sporcuya tekme, kafa, yumruk vb. surette vurması ile Yönetmeliğin 61/3. maddesinde belirtilen müessir fiil arasında hiçbir fark bulunmamaktadır. Sayılanların hepsi yaralama eylemleridir. Ancak, burada belirtilen fiiller sporcunun ceza alması için gerekli eylemler olup, üçüncü fıkrada belirtilen müessir fiil her türlü hareketle gerçekleştirilmesi halini ifade eder. O halde, bir sporcunun Yönetmeliğin 61/1. maddesinden cezalandırılabilmesi için seçimlik hareketlerden birini yapması gerekmektedir. Fakat yine birinci fıkrada tekme, kafa, yumruk ve sair surette vurmaktan bahsettiğinden, dolayısıyla vurma hareketinin herhangi bir surette gerçekleştirilmesi kabul edildiğinden, bu fiilin de seçimlik değil serbest hareketli bir suç olduğuna işaret edilmektedir<sup>68</sup>.

Bu hususla ilgili son olarak şunu da eklememiz gerekir ki, burada öngörülen yaptırımlar spor teşkilatı içerisinde öngörülen birer disiplin yaptırımı olup, ceza yaptırımının ikamesi olarak düzenlenmiş hususlar değildir. Bu itibarla, bir sporcu başka bir sporcuya karşı kasten yaralama suçunu işlediğinde, Yönetmelik uyarınca disiplin yaptırımının muhatabı olacağı gibi, eğer gerekli şartlar somut olayda mevcutsa, ayrıca ceza hukuku yönünden de kasten yaralama suçunun faili haline gelecektir.

68 MEMİŞ, s. 131. Ayrıca konuya ilişkin mevzuatın değerlendirilmesi ve istatistiki bilgilerle ilgili bkz. KARAOĞLU, Ercan, Spor Hukukunun Temel Kavramları ve Sportif Alanda Doğabilecek Hukuki İhtilaflar, Ankara, 2017, s. 239 vd.

#### IV. SONUÇ

Spor faaliyetleri, başta sporu icra eden sporcular olmak üzere, faaliyete katılan tüm sùjeleri yönünden belirli riskleri de bünyesinde barındırmaktadır. Bu kapsamda, özellikle birbiriyle yakın temas gerektiren takım sporlarında, sporcuların birbirlerini yaralamaları ihtimal dahilindedir. Bunun yanı sıra, “dövüş sporları” olarak da adlandırılan rakiplerin birbirlerine maddi cebir uyguladıkları sporlarda, sporcuların birbirlerini yaralamaları başlı başına o sporun icra edilmiş biçimini oluşturmaktadır. Bu gibi hallerde, söz konusu sporun hukuk düzenince tanınan bir “spor dalı” olması ve karşı tarafı yaralayıcı eylemin, oyunun icrası sırasında ve oyun kuralları dahilinde yapılmış bir hareket olması halinde, yaralama eylemini gerçekleştiren sporcunun ceza sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Yaralama eyleminin gerçekleştirildiği spor bir dövüş sporu ise, bu yaralama zaten o sporun kendisidir. Yakın temas gerektiren ancak icra edilmiş doğrudan maddi cebir kullanımı gerektirmeyen sporlarda da, bu tür hareketler neticesinde yine ceza sorumluluğu doğmayacak, ancak oyun kurallarının belli oranda dışına çıktığı için uyarı, müsabakadan veya bir sonraki belirli sayıda müsabakadan men gibi disiplin yaptırımları söz konusu olacaktır.

Ne var ki, hukuk düzenince tanınmayan bir düzlemde gerçekleştirilen eylemlerin yanı sıra, hukuk düzenince tanınan spor branşlarında da, oyunun icrası dışında, oyunun gerektirdiği sertliğin dışına çıkan ve oyundan bağımsız olarak rakibi yaralama kastıyla gerçekleştirilen saldırılarda, eylemlerin artık ceza hukukunun konusu haline geleceği tartışmasızdır. Bu gibi eylemler yönünden disiplin yaptırımları doğabileceği gibi, artık saldırıyı gerçekleştirilen sporcu TCK m. 86 uyarınca kasten yaralama suçunun faili olacak, dahası spor alanlarındaki şiddet eylemlerini düzenleyen 6222 sy. Kanun’un 17. maddesi uyarınca, bu gibi eylemlerin soruşturma ve kovuşturma konusu yapılabilmesi için mağdurunun şikayet şartı da aranmayacaktır. Bu düzenlemeyle kanun koyucu spor alanlarında gerçekleştirilen yaralama eylemlerini bir nevi kamu düzenine karşı bir saldırı gibi kabul etmiş, bu saldırıyla sadece mağdurunun kişilik haklarına ve vücut bütünlüğüne değil, Anayasa tarafından teminat altına alınan “spor hakkı”na ve diğer temel haklara da bir tecavüzde bulunduğu düşünmüş ve bu tür eylemleri kendiliğinden ceza soruşturması ve kovuşturmasının konusu haline getirmiştir. Bu

itibarla, Türk hukuku yönünden bir değerlendirme yapıldığında, spor faaliyeti sırasında işlenen kasten yaralama suçları bakımından, sıradan kasten yaralama eylemlerine göre ceza sorumluluğunu genişleten, ayrı bir rejim öngörüldüğünü söylemek yanlış olmayacaktır.

**KAYNAKÇA**

- ALACAKAPTAN, Uğur**, *Suçun Unsurları*, Ankara, 1973.
- ANTOLISEI, Francesco**, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Milano, 2003.
- BETTIOL, Giuseppe**, *Diritto Penale, Parte Generale*, Padova, 1976.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan**, *Spor Hukuku*, Ankara, 2007.
- DELOGU, Tullio**, “*Modern Hukukta Taksirli Suçun Önemi*”, AÜHFD, C. 39,S. 1-2, Ankara, 1987.
- DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir**, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım*, C. II, İstanbul, 1986.
- EREM, Faruk**, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C. I*, Ankara, 1984.
- ERMAN, R. Barış**, *Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi (Yayımlanmamış Doktora Tezi)*, İstanbul, 2006, s. 24.
- ERKİNER, Kısmet**, *Spor Hukuku Dersleri*, İstanbul, 2007.
- ERTAŞ, Şeref / PETEK, Hasan**, *Spor Hukuku*, Ankara, 2011.
- GALLO, Marcello**, “*Dolo (Diritto Penale)*”, *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XIII, Milano, 1964.
- GÜNAL, Nadi / KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan**, *Türk Spor Hukukunun Genel Esasları ve İlgili Mevzuat*, Ankara, 1998.
- GÜNGÖR, Devrim**, *Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata*, Ankara, 2007.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki**, “*5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Kusurluluğu Kaldıran Nedenlere Genel Bir Bakış*”, *Polis Dergisi*, S. 44, Ankara, 2005.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem**, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2011.
- HAKERİ, Hakan**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2011.
- HÜR MÜZ, Peyman**, *6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun Yasak Fiiller ve Ceza Hükümleri Yargıtay Yorumu*, Ankara, 2016.
- İÇEL, Kayıhan**, *Ceza Hukukunda Temel Kusurluluk Şekli Kast*, İTÜCÜ Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 6, S. 12, İstanbul, 2007.
- KARAKEHYA, Hakan**, *İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast*, Ankara, 2010.
- KARAOĞLU, Ercan**, *Spor Hukukunun Temel Kavramları ve Sportif Alanda Doğabilecek Hukuki İhtilaflar*, Ankara, 2017.

- KATOĞLU, Tuğrul**, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, Ankara, 2003.
- KESKİN, O. Kadri**, *Ceza ve Hukuk Uygulamasında Taksirle Ölüme ve Yaralanmaya Sebebiyet*, Ankara, 1991.
- MEMİŞ, Pınar**, *Spor Faaliyetlerinden Doğan Ceza Sorumluluğu (Yayımlanmamış Doktora Tezi)*, İstanbul, 2010.
- OSBORNE, Barbara**, “*Violent Acts within the Context of the Game: On-Field Occurences and Prosecution*”, *Sport and Criminal Behaviour*, (ed. by LEE, Jason W. / LEE, Jeffrey C.), North Carolina, 2009.
- ŞEN, Ersan**, “6222 sy. Kanun ve Sporda Ceza Sorumluluğu”, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1692923-6222-sayili-kanun-ve-sporda-ceza-sorumlulugu> (e.t. 17.07.2018).
- ŞİMŞEK, Alparslan**, “*Spor Müسابakalarında Meydana Gelen Bedensel Zararlarda Sporcunun Dikkat ve Özen Yükümlülüğü*”, TBB Dergisi, S. 121, 2015.
- TOROSLU, Nevzat**, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara, 2009.
- TOROSLU, Nevzat / ERSOY, Yüksel**, “*Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı*”, *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap*, Ankara, 2004.
- TRAVERSI, Alessandro**, *Diritto Penale dello Sport*, Milano, 2001.
- ÜNVER, Yener**, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, İstanbul, 1998.
- [http://www.nycourts.gov/REPORTER/3dseries/2011/2011\\_05912.htm](http://www.nycourts.gov/REPORTER/3dseries/2011/2011_05912.htm), e.t. 20.09.2018.
- <https://www.leagle.com/decision/innyco20140603323>, e.t. 20.09.2018.



## DELİL YASAKLARI

Hande Seven\*\*

### ÖZET

Geniş anlamda ceza hukukunun amacı maddi gerçeği ortaya çıkarmaktır. Bu nedenle Türk Hukukunda maddi gereçe ulaşmak için her türlü delilin kullanılabilmesini ifade eden delil serbestisi ilkesi kabul edilmiştir. Delil serbestisi ilkesine göre ceza yargılamasında hangi hususun hangi delillerle ispat olunacağı konusunda bir sınırlama bulunmayıp, hâkim hukuka uygun şekilde elde edilen tüm delilleri kullanarak her türlü şüpheden arınmış bir neticeye ulaşmalı ve bu neticeye ulaşırken de vicdani kanaatine göre bir değerlendirme yapmalıdır. Vicdani delil sistemi olarak kabul edilen bu ilke hâkimin delilleri serbestçe takdir edebilmesinin yasal güvencesini oluşturur. Delil serbestisi ilkesi ve vicdani delil sistemi temel hak ve özgürlüklere yoğun müdahaleleri ve keyfiliği de beraberinde getirebilir. Bu noktada karşımıza ceza muhakemesinde delil yasakları kavramı ortaya çıkar. Delil yasakları, delil elde edilmesi ve değerlendirilmesi işlemlerine getirilen sınırlamalardır. Bu kavramının genel sınırlarını Anayasa (m.38/6) ve Ceza Muhakemesi Kanunu (m.217) düzenlemeleri çizer. Hâkim somut olayda delilleri değerlendirirken hukuk devleti ilkesini ve anayasa ve Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki düzenlemelerin çizdiği çerçeveye uygun davranmalıdır. Delil yasakları ile ilgili tartışma da delil elde edilirken özellikle temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahaleler bakımından ortaya çıkar. Maddi gerçeğe ulaşmak gayesi ve hukuka aykırı delillerle ihlal edilen normlar arasında bir denge sağlanıp sağlanamayacağı adil yargılanma hakkı ve dürüst işlem ilkesi, öğretideki görüşlerle ve Yargıtay, Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Amerikan Anayasa Mahkemesi kararlarıyla birlikte çalışmamızda incelenecektir.

\* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 14/08/2018. İlk hakem raporu tarihi: 08/09/2018. İkinci hakem raporu tarihi: 10/10/2018.

\*\* Avukat, İzmir Barosu; Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi, handeseven7@gmail.com, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-3908-0808.

**Anahtar Kelimeler:** Delil Yasakları, Hukuka Aykırı Delil, Delilin Değerlendirilmesi, Delil Serbestisi İlkesi, Hukuk Devleti

## EVIDENCE BANS

### ABSTRACT

The main function of criminal procedure, in general terms, is to reveal the material fact. Therefore, in our law, the principle of the freedom of evidence, which states that all kinds of evidence can be used to reach the material truth, has been accepted. According to the principle of evidence of liberty, there is no restriction on what evidence will be proved in the criminal proceedings. The judge should reach all kinds of suspicions by using all the evidence obtained in accordance with the law and should make an assessment according to his / her conscience when reaching this conclusion. At this point, the concept of bans on evidence in criminal proceedings arises. Bans on evidence is a limitation on evidence gathering and evaluation. The frame of this concept is determined by the Constitutional Law (m.38/6) and Code of Criminal Procedure (m.217). The judge must assess the concrete case within the frame of codes of law and law of criminal procedure. The argument about the bans on evidence arises in terms of interventions on fundamental rights and freedoms. Whether to achieve material truth and whether there will be a balance between the norms violated by unlawful evidence together with the right to a fair trial and the principle of honest processing will be examined in our work together with the views in the doctrine, Court of Cassation, Turkish Constitutional Court, European Human Rights Court and US Supreme Court.

**Keywords:** Evidence Bans, Illegal Evidence, Evaluation Of Evidence, Principle of Circumstantial Evidence, Rule of Law

### I- TANIM

#### A- Kavram

Ceza muhakemesinde mahkûmiyet hükmü kurulabilmesi için, hükümün dayanağını oluşturan hususların delillerle ispatı sağlanarak serbest bir kanaate ulaşılmalıdır<sup>1</sup>. “Yargılamanın konusu olan olayı temsil

---

1 Değirmenci, Olgun; Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital) Delil, Seçkin, Ankara 2014, s.396.

eden, olayı ceza yargılaması organları önünde canlandırılmasına yarayan araçlara 'delil' denir"<sup>2</sup>. İspat aracı olarak da ifade edilen deliller hukuki sorunu değil maddi olayı ortaya koymalıdır. Belirtmek gerekir ki maddi olaylar yalnız fiziki nitelikte olabileceği gibi cezanın tespiti amacıyla failin kast ve taksirli hareketi, saiki, gibi durumların varlığı ile de ilintili olabilir<sup>3</sup>.

Türk ceza yargılamasında *delil serbestisi sistemi* geçerlidir. Bu sisteme göre hukuka uygun şekilde elde edilmiş her türlü araç delil olarak kullanılabilir. İnsan haklarına saygılı, demokratik bir hukuk devletinde, ne pahasına olursa olsun maddi gerçeğe ulaşmak gibi bir amaç kabul edilemeyeceğinden<sup>4</sup>, delillerin elde edilmesi ve değerlendirilmesi noktasında bazı sınırlamalar getirilmiş ve getirilen bu sınırlamalara da delil yasakları adı verilmiştir<sup>5</sup>. Delil yasaklarını inceleyebilmek için öncelikle hukuka aykırı delil kavramını incelemek gerekir. Hukuka aykırı delil, hukuk sisteminin koyduğu hukuk normlarına aykırı şekilde elde edilmiş delildir. Gerek uygulamada gerek öğretide delil yasakları ile hukuka aykırı delil kavramı yaygın olarak eş anlamda kullanılsa da gerçekte delil yasağı, hukuka aykırı delili de içine alan çok daha geniş bir kavramdır<sup>6</sup>.

Dünyadaki ceza yargılamalarında, yapılan işlemlerin ve eylemlerin delil yasağı olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği noktası, hukuk sistemlerinin delil yasaklarına atfettiği değer ve görev bakımından değişiklik gösterir. Türkiye'nin de dahil olduğu Kıta Avrupası hukuk sisteminde delil yasaklarının kabul edilmesinin temelinde, temel hak ve özgürlükleri korumak düşüncesi yatmaktadır<sup>7</sup>. Buna karşılık Anglo-Amerikan hukuk sisteminde ise delil yasakları, kolluğu disipline etme düşüncesiyle düzenlenmiştir<sup>8</sup>.

- 
- 2 Karakehya, Hakan; Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2015, s.195.
  - 3 Ünver, Yener; Ceza Muhakemesinde İspat CMK ve Uygulamamız, Ceza Hukuku Dergisi, S.2 Aralık 2006, s.103.
  - 4 Ünver, s.105,109, Kaya, Köroğlu; İnsan Haklarının Korunması ve Ceza Politikası Bağlamında İşkence Yasağı ve Hukuka Aykırı Deliller", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:7, Sayı:24, Ocak 2016, s.487.
  - 5 Özbek, Veli Özer, Doğan, Koray, Bacaksız, Pınar, Tepe, İlker; Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, İzmir 2017, s.665.
  - 6 Birtek, Fatih; Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s.281.
  - 7 Kaymaz, Seydi; Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller, Ankara 1997, s.126.
  - 8 Öztürk, Bahri; Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Seçkin, Ankara 2014, s.399.

Delil yasaklarına ilişkin temel düzenleme Anayasanın 38. Maddesinde yer alır. Anayasa. m. 38/6'ye göre; *“Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular delil olarak kabul edilmez”*. Bu hükmün Anayasa'da düzenlenmesinin sebebi, temel hak ve hürriyetlere yapılabilecek olası müdahaleleri önlemek ve insan onuruna zarar verilerek delil elde edilmesinin önüne geçilmek istenmesidir.

Delil yasaklarına ilişkin bir diğer önemli düzenleme ise CMK m. 217/2 de yer alır. Bu hükme göre *“Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.”* Hükmün zıt anlamına göre yorum yapıldığında, yüklenen suçun hukuka aykırı hiçbir delille ispat edilemeyeceği sonucu çıkmaktadır. Delil yasakları konusunda mutlak bir sınır çizen bu düzenleme bazı tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Bu tartışmaların başında kavramların farklı terimlerle ifade edilmesi gelmektedir. Anayasa' da “kanuna aykırılık” ifadesi kullanılmışken Ceza Muhakemesi Kanun'da “hukuka aykırılık” ifadesinin kullanılması, hukuk sisteminde terim birliğinin gözetilmemiş olması sebebiyle pek çok eleştiri almıştır<sup>9</sup>. Hükmün düzenleniş yeri bakımından anayasa yargısı, medeni yargı, idari yargıyı da kapsadığı düşünüldüğünde, kanuna aykırılık teriminin hukuka aykırılık karşısında daha dar bir anlam içerdiği, ancak normlar hiyerarşi gözetildiğinde Anayasa'daki ifadenin üstün tutulması gerektiği savunulmuştur<sup>10</sup>. Kanaatimizce hukuka aykırılık, kanuna aykırılıktan daha geniş bir anlama sahiptir. *“Gerek pozitif hukuk metinlerine gerekse kişilerin temel hak ve hürriyetlerine ilişkin evrensel hukuk ilkelere aykırılık bulunup bulunmadığı gözetilmeli ve aykırılığın varlığı halinde hukuka aykırılığın mevcudiyeti kabul edilmelidir”*<sup>11</sup>.

## B- Delil Yasağı Teorileri

Delil yasağı teorileri, Kıta Avrupası Hukuk Sistemine dahil olan Alman Hukuku ekseninde geliştirilen teorilerdir. Alman Hukukunda Türk Hukukunda olduğu gibi genel bir değerlendirme yasağı bulunmadı-

9 Bu tartışmalar için bakınız. Ünver, Yener/ Hakeri, Hakan; Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Adalet, 2017 Ankara, s.603, Centel, Nur /Zafer, Hamide; Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Adalet, 2015 İstanbul, s.732, Bıçak, Vahit; Suç Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Ankara 2011, s.519.

10 Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.666.

11 YCGK E:2005/7-144 K:2005/150 T:29.11.2005, Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt:32 Sayı:3, Ankara, Mart 2006, aktaran: Aküyürek, Güçlü; “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi,Sayı: 101, Yıl: 2012 s.63.

ğından elde delilin hukuka aykırı olması, her olayda elde edilmiş olan delilin değerlendirme yasağı içine girmiş olduğunu göstermez. Bu nedenle delil elde etme yasağının ihlalinin ne zaman bir değerlendirme yasağına yol açacağı ilişkin genel bir hukuk normu bulunmadığından bazı kriterler geliştirilmiştir<sup>12</sup>.

### 1- Hak Alanı Teorisi

Alman yargı kararları ışığında ilk geliştirilen teoridir<sup>13</sup>. Teoriye göre delil elde edilirken meydana gelen hukuka aykırılık ile sanık ya da şüphelinin ihlal edilen temel hak ve özgürlükleri karşılaştırılmalı, hâkim müdahalenin önem derecesine göre bir inceleme yapılmalıdır. Sanık ya da şüphelinin haklarına karşı önemli ölçüde müdahale söz konusu ise delil hüküm kurulurken göz önünde tutulmaz. Sanık ya da şüphelinin temel hak ve özgürlüklerine müdahale daha az ölçüde yapılmışsa delil hukuka aykırı olsa dahi değerlendirilir ve hükme esas alınabilir. Bu teoriye göre ihlal edilen normun konuluş amacı, yani korunan hukuki değer ve gerçekleşen ihlalin sanığın hukuki durumunda meydana getirdiği değişiklikler de değerlendirmede dikkate alınır<sup>14</sup>.

### 2- Koruma Amacı Teorisi

Koruma alanı teorisi, hak alanı teorisinin geliştirilmiş bir biçimidir. Bu teori delil elde edilirken ihlal etmiş olduğu normu dikkate alınır. Teoriye göre eğer sanık ya da şüphelinin korunmasına yönelik olarak konulmuş bir norm ihlal edilirse, elde edilen delil kullanılmaz<sup>15</sup>. Bu teoride ayrıca yapılan yargılamanın adil bir yargılama olup olmadığı noktası da dikkate alınarak hüküm kurulur.

### 3- Değerler Tartımı Teorisi

Alman Hukukunda en son kabul edilen bu teoriye göre, elde edilen hukuka aykırı delilin değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorunu

12 Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.672.

13 Dülger, Murat Volkan; "AİHM'in Gafgen Kararı Bağlamında Ceza Muhakemesinde İşkence Tehdidini İle Elde Edilen Delillerin Kullanımı Sorunu" TBB Dergisi, Sayı: 111, Yıl: 2014, s.376.

14 Özbek, Veli Özer Özbek, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları", Alman Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, C.II, Ed: Hilgendorf Eric; Ünver, Yener; İstanbul, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 2010, s.919, 920.

15 Öztürk, s.410.

somut olay çerçevesinde ele alınması gereken bir sorundur<sup>16</sup>. Değerler tartımı teorisinde devletin ceza yargılamasına ilişkin yararı ile sanığın bireysel yararı eşit ölçüde anayasal korumadan yararlanır. Ancak somut olayda bu iki yarar karşı karşıya geldiğinde oranlılık ilkesi doğrultusunda bir değerlendirme yapılmalı, bu iki değer tartılmalıdır. Söz konusu değerlendirmede ihlal derecesinin ağırlığı, sanığa veya şüpheliye yüklenen suçun önemi, hukuka aykırı eylemin delilin değerine etkisi, ihlal edilen normun koruma amacı ve suçtan zarar görenin korunma gereksinimi gibi hususlar dikkate alınmalıdır<sup>17</sup>. Değerler tartımı teorisinde delil yasakları, bireysel ve kamu yararı arasında çıkan çatışmada koruyucu bir görev üstlenir<sup>18</sup>.

## II- DELİL YASAĞI ÇEŞİTLERİ

Öğretide delil yasakları genel olarak delil elde etme yasağı ve delil değerlendirme yasağı şeklinde iki gruba ayrılarak incelenmektedir<sup>19</sup>.

### A- Delil Elde Etme Yasağı

Delillerin elde edilmesine getirilen sınırlamalara “delil elde etme (ikame) yasakları” denir. Delil elde etme yasakları sadece delilin elde edilmesine ilişkin kurallara uyulmaması durumlarında değil, delillerin elde edilme biçimi yönünden suç oluşturan deliller bakımından da uygulanmaktadır<sup>20</sup>. Delil elde etme yasakları genelde kamu görevlilerine yönelik düzenlenmiştir.<sup>21</sup> Ancak özel kişilerce hukuka aykırı yollardan delil elde ettiği hallerde de bu düzenlemeler uygulama alanı bulabilecektir<sup>22</sup>. Çalışmamızda delil elde etme yasaklarını ifade alma ve sorguda yasak usuller, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi ve delil aracı yasakları olarak üç gruba ayırarak incelenecektir<sup>23</sup>.

16 Öztürk, s.411.

17 Rogall, Klaus; Über die Folgen der rechtswidrigen Beschaffung des Zeu genbeweises im Strafprozess, (1979), s.29 aktaran Öztürk, s.411.

18 Öztürk, s.411.

19 Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.669.

20 Şen, Ersan; Türk Ceza Yargılaması Hukuku'nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, Beta, İstanbul, 1998, s. 9.

21 Centel/Zafer, s.733.

22 Centel/Zafer, s.733.

23 Alman Hukukunda ise delil elde etme yasakları delil konusu, ispat aracı ve ispat metodu olarak üç alt başlıkta incelenir. Detaylı bilgi için bakınız. Birtek, s.291.

## 1- İfade Alma ve Sorguda Yasak Usuller

Ceza yargılamasında maddi gereceğe ulaşmak bakımından en önemli delil sanık veya şüpheli beyanıdır<sup>24</sup>. Şüpheli veya sanığın beyanını elde etmek için ise sorgu ve ifade alma yöntemlerine başvurulur. Hâkim tarafından yapılan bilgi alma işlemi “sorgu”, Cumhuriyet savcısı ya da kolluk tarafından yapılan bilgi alma işlemi ise “ifade alma” olarak tanımlanmaktadır<sup>25</sup>. Sanık veya şüphelin beyanda bulunurken iradesini etkileyecek baskı, korkutma hile gibi durumlarla karşı karşıya kalmasını önlemek için kanun koyucu tarafından CMK m.148’te ifade ve sorguda yasak usul halleri düzenlenmiştir.<sup>26</sup> Bu düzenlemeye göre “*şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilâç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz*”. Düzenlemenin amacı, delil yasaklarının Kıta Avrupası hukuk sistemindeki düzenlenme amacıyla aynıdır. Evrensel ve anayasal anlamda korunan yaşama hakkı, işkence yasağı, insan onuru gibi dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetleri koruma altına almaktır.

Kanun metninde örnekseyici olarak sayılan bu yöntemlerden birine başvurularak elde edilen beyan hukuka aykırı delil niteliği taşır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin bu konuda ülkemiz aleyhine pek çok ihlal kararı vardır. Örneğin *Söylemez/Türkiye*<sup>27</sup> kararında “*Sözleşmede de kabul edildiği üzere işkence ve kötü muamele yasağı demokratik bir hukuk devletinin en temel taşlarından biridir. Bu yasaklar mutlak bir nitelikte olup, hiçbir şekilde istisna getirilemez. Bu nedenle işkence yasağının ihlal edilmesi suretiyle sanıktan elde edilen beyan hiçbir şekilde yargılamada delil olarak kullanılamaz. Böyle elde edilen bir delilin hiçbir geçerliliği yoktur*”. Adil yargılanma hakkının güvencesine en çok

24 İçel, Kayıhan; Sorgulamada Hukuka Aykırılık ve Sonuçları, “Nurullah Kunter’e Armağan”, İstanbul 1998, s.121.

25 Öztürk Bahri, Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan, Sırma Özge, Saygılar Yasemin, Alan Esra, Tütüncü Efser, Özaydın Özdem; Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017, s. 252.

26 Kunter, Nurullah, Yenisey, Feridun, Nuhoğlu, Ayşe; Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta, 16. Baskı, 2008 İstanbul, s.841.

27 Soylemez v Turkey, Application no: 46661/99 (<http://echr.ketse.com/doc/46661.99-en-20060921/>) E.T. 18.09.18

ihtiyaç duyduğumuz bu günlerde CMK m.148'e atfedilen değer in daha da artması gerektiği hususu su götürmez bir gerçektir.

Bu maddeye göre ayrıca, yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak kabul edilemez. Kanun koyucunun böyle bir düzenlemeye gitmesinin nedeni hukuka aykırı şekilde elde edilen delilin hiçbir yanlış anlamaya mahal vermeyecek şekilde kullanılmamasını sağlamaktır.

CMK m. 148/4'de failin savunma hakkı bakımından önemli bir düzenlemeye gidilmiştir. Bu düzenlemeye göre “*müdafî bazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, bâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamaz*”. Düzenleme aynı zamanda zorunlu müdafî sistemi de getirmiştir. Dolayısıyla soruşturma evresinde müdafî olmadan elde edilen beyan delilleri hukuka aykırıdır.

## 2- Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi

Adli makamların şüpheli veya sanığa yükletilen suç hakkında bilgi vermesi ve haklarının hatırlatılması<sup>28</sup>, aydınlatma yükümlülüğünün bir parçasıdır. Bu yükümlülük Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği m.23, CMK m. 90/4 ve CMK m. 147, CMK m.48<sup>29</sup> CMK m.49 gibi pek çok hükümde düzenlenmiştir. Bu hükümlerden CMK m.147'de, m.148'den farklı olarak hukuk aykırı yolla elde edilen açıklamaların delil olarak kullanılmayacağı maddede açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen, genel bir delil yasağı düzenlemesi olan m.217/2 gereği bu açıklamalarda delil olarak kullanılamayacaktır.

Aydınlatma yükümlülüğü ile ilgili olarak Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin *Miranda v. Arizona kararından*<sup>30</sup> da bahsetmek gerekir. Tecavüz suçundan yakalanan şüpheli, polis tarafından yapılan sorgu sonucu suçunu ikrar etmiş ve düzenlenen ifade tutanağını imzalamıştır.

28 Adil yargılama hakkı açısından “hatırlatılması” kavramının değil, “öğretilmesi” kavramının daha doğru olduğu görüşü için bkz. Kaymaz, s.31.

29 Tanıklıktan çekinme hakkı bulunan bir kimsenin bu hakkının kendisine hatırlatılması zorunlu olduğundan, bu hak hatırlatılmadan dinletilmesi halinde beyanlarının delil olarak değerlendirilmesi artık mümkün değildir” YRG CGK., 12.11.2013 tarih, E.2013/1-251, K.2013/454 [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) E.T. 13.08.2018.

30 *Miranda v. Arizona* 1966, (<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/436/>) E.T.18.09.2018.



Şüpheliye soruşturma evresinin hiçbir aşamasında müdafî yardımından yararlanabileceği hatırlatılmamış ve yapılan yargılama sonucu hapis cezasına çarptırılmıştır. Karar Amerikan Yüksek Mahkemesi'ne taşınmış, mahkeme verdiği kararda “*polis in şüpheliyi yakaladığı anda haklarını bildirmesi gerektiğini, şüpheliye susma ve avukat yardımından yararlanma hakları bildirilmeden elde edilen ikrarın, yargılamada delil olarak kullanılamayacağını*” ifade etmiştir. Dönüm niteliğinde olan bu karar ile birlikte aydınlatma yükümlülüğü kavramı hukuk sistemleri içine girmiştir<sup>31</sup>.

Aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmeden elde edilen ikrarın hukuka aykırı kabul edilmesinin altında yatan sebep, ceza kovuşturmasında görev alan adli ve idari makamların hukuki bilgisi ile şüpheli veya sanığın hukuki bilgisinin aynı olmaması temelinde yatar<sup>32</sup>. Silahların eşitliği ilkesi ile de ilinti olan bu yükümlülüğün ihlali ile yapılan ifade alma veya sorgu sonucunda elde edilen deliller yargılamada kullanılmaz.

### 3- Delil Aracı Yasakları

Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için elde edilen tüm delillerin ve delil bulmaya ilişkin başvuru olan tüm yöntemlerin de hukuka uygun olması gerekir. Delil elde edilmesinde araç konumunda bulunan düzenlemelerdeki hukuka aykırılıklarda, delil yasaklarının doğmasına sebep olur. Bu durum en çok koruma tedbirlerinde karşımıza çıkar. Bu nedenle koruma tedbirleri şüphe sebebinin yoğunluğu, geçici nitelikte olması ve oranlı olması gibi sıkı şartlara bağlanmış, soruşturma ve kovuşturma organlarının yetkileri sınırlandırılmıştır. Koruma tedbirlerine başvurabilmek için belirli şüphe yoğunluğuna ulaşılmalı, bunun için de mutlaka somut delillere başvurulmalıdır<sup>33</sup>. Şüpheli ya da sanık hakkında bir hüküm verilmeden önce temel bir hak sınırlandırıldığı için getirilen sıkı şekil şartları oldukça isabetlidir<sup>34</sup>. Koruma tedbirleri yerine getirilirken

31 Akyazan, Ahmet Emrah; Miranda Hakları, TBB Dergisi, Sayı:71, Yıl: 2007, s.350

32 Demirbaş, Timur; Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, Seçkin, 5. Baskı, Ankara 2018, s.335.

33 Öztürk Bahri, Eker Kazancı Behiye, Soyer Güleç Sesim; Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, 2. Baskı, Seçkin Ankara 2017, s.27.

34 Öztürk, Eker Kazancı Soyer Güleç, s.30.

mutlaka kanunda belirtilen usullere uygun olarak yerine getirilmelidir. Bu usulleri uyulmaması delil yasaklarının doğmasına sebep olur<sup>35</sup>.

Yargıtay'ın usulüne uygun arama kararı alınmadan hüküm kurulan bir olayda verdiği kararda<sup>36</sup>, şüphelinin sahte rakı imal ettiği ihbarını alan polis, şüphelinin iş yerinde arama yapmış, sahte rakı yapımında kullanılan ve suç işlendiği şüphesini güçlendiren pek çok aracı tespit edip el koymuştur. Elde edilen bu deliller sonucu kovuşturma aşaması başlamış ve sanık hakkında mahkûmiyet hükmü kurulmuştur. Karar sanık tarafından usulüne uygun bir arama kararı bulunmadan yapılan arama ve el koyma işlemleri sonucu delil elde edildiği, elde edilen bu hukuka aykırı delillerle sanık aleyhine hüküm kurulduğu gerekçeleriyle temyiz edilmiştir. Yargıtay ilgili ceza dairesi hukuka aykırı şekilde elde edilen delile dayanan kararı bozmuş, bunun üzerine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise hukuka aykırı arama sonucu elde edilen delillerin hükme esas alınamayacağını kabul etmekle birlikte, sanığın olayla ilgili ikrarı karşısında suçun oluştuğu gerekçeleriyle kararı Ceza Genel Kurula götürmüştür. Ceza genel kurulu ise “*Ceza Muhakemesi Kanunu’na göre arama işleminin yapılabilmesi için mutlaka hâkim kararının bulunması gerektiğini, yalnız gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı ve kolluğun kararıyla istisnai arama yapılabileceğini, gecikmesinde sakınca bulunan hallerin ise hakim kararı alındıktan sonra tedbirin uygulanamaz olması veya alınan tedbirin uygulanması halinde bile beklenen faydayı vermemesi halleri olduğunu belirterek somut olayda gecikmesinde sakınca bulunan bir halin bulunmadığını, bu şekilde elde edilen delillerin ceza yargulamasında kullanılamayacağı*”<sup>37</sup> yönünde karar vermiştir.

Arama koruma tedbirinin düzenlenme amacı kişi özgürlüğü, özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığını güvence altına almaktır. Ceza Genel Kurulu bu olayda sanığın cezalandırılması ile elde edilen yarar ile yukarıda belirtilen temel hak ve özgürlüklerin korunması arasındaki

35 Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.671.

36 Yargıtay CGK, 17.11.2009 tarih ve 2009/7-160E., 2009/264K. (<https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=194&t=32334>). E.T. 18.09.2018, Gülşen, Recep; “Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Aramada Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Değerlendirilmesi” Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, 2015, s.233.

37 Gülşen, s. 233.

denge açısından bir tartım yapmış ve sanığın temel hak ve özgürlüklerinin korunmasının daha önemli olduğuna karar vermiştir.

Yargıtay'ın usulsüz iletişimi tespiti ile ilgili bir kararına<sup>38</sup> konu olan olayda, sanıkların uyuşturucuyu piyasaya sürmek amacıyla hareket ettiği bilgisini alan kolluk, yalnız sanıklardan biri hakkında verilen iletişimin tespiti kararına istinaden sanıklardan C'nin temin ettiği esrar maddesi ile birlikte sanık C'yi yakalamış ve bu tespit üzerine kardeşini bekleyen diğer sanık Ç'nin de suç işlediği tespit edilmiştir. Yerel mahkeme sanıklar hakkında mahkûmiyet hükmü kurmuştur. Yargıtay ilgili ceza dairesi, hakkında iletişimin tespiti kararı olmayan sanık Ç bakımından yaptığı incelemede, sanıkla ilgili iletişimin tespiti kararı bulunmadığı ve dosyada sanığın isnat edilen suç işlediğine dair yeterli delil bulunmadığı hususu gözetilmeden hüküm kurulduğu için kararı bozmuştur. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise her ne kadar diğer sanık Ç ile ilgili iletişimin tespiti kararı bulunmasa da diğer sanık hakkında usulüne uygun hâkim kararıyla yapılan dinleme sonucu suça konu uyuşturucunun teminine yönelik sanıklar arasında birçok görüşmenin olduğunu, hakkındaki iletişimin tespiti kararıyla dinleme ve kayıt yapılan kişiye ilişkin elde edilen delillerin, hakkında iletişimin tespiti kararı bulunmayan sanık açısından hukuka aykırı hale getireceğini, her iki fail açısından da hukuka uygun bir dinleme kararı alınması gerekse de, korunan hukuki değerler arasında bir denge kurulduğunda maddi gerçeğe ulaşmanın daha önemli olduğu gerekçeleriyle kararı Ceza Genel Kurulu'na taşımıştır. Ceza Genel Kurulu yaptığı incelemede, olay bakımından CMK m. 135/3 ve CMK m.45/3 hükümlerinin uygulama alanı bulduğunu, m.135/1'e göre şüpheli veya sanığın iletişimin tespit edilip, dilenebileceğini, kayda alınabileceğini belirttiği, aynı maddenin 3. Fıkrasında şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle iletişiminin kayda alınmasının yasak olduğu, fıkrada iletişimin tespiti ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinin yer almadığı, sanığın birlikte suç işleme şüphesi olmayan tanıklarla yaptığı görüşmelerin kayda alınmasının delil yasağı kapsamında olduğunu belirtmiştir. Somut olayda sanığın, akrabalık ilişkisinin sağladığı kolaylıkla diğer sanıkla birlikte suç işlediği şüphesi vardır. Öğretide aksine görüşler bulunmakla birlik-

38 YCK, 2013/642E, 2014/302K. (<https://www.karartek.com.tr>) E.T. 15.09.2018.

te, “Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 135/3. maddesi hükmünün birlikte suç işleme şüphesi altında bulunan kişileri kapsamayacağı, tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan sanığın suça katıldığı yönünde daha önceden elde edilmiş başka deliller mevcutsa artık bu noktada Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 135/3. maddesi kapsamında bir dinleme ve kayıt yasağından söz edilemeyeceği, çünkü konuşması kayıt altına alınan kişinin, tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişi sıfatını o kayıttan önce kaybettiği kabul edilmektedir”<sup>39</sup>. Yargıtay Ceza Genel Kurulu verdiği kararda, iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen kayıtların, hakkında iletişimin tespiti kararı verilmeyen sanık yönünden de hukuka uygun yöntemlerle elde edilmiş delil olduğunu, aksi durumun aynı soruşturma kovuşturmada sanıklardan biri bakımından kanuni olarak kullanılabilir bir delilin, diğer sanık açısından uygulanmamasının hak ve adalet ilkelerine aykırılık oluşturacağını, tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan kişilerin, aynı suçu birlikte işlemelerinin kanun koyucu tarafından himaye edildiği sonucunu doğurabileceği gerekçeleriyle karar vermiştir.

Ceza Genel Kurulu’nun bu kararı yerinde değildir. Kuvvetli şüphe sebebi ve başka suretle delil elde edilmesi imkânı olmayan hallerde şüphelinin telefonunun dinlenmesi ya da kayda alınması için alınan karar sadece o kişinin özel hayatına müdahale yetkisi verir. Hakkında bu tespit yönünden herhangi bir karar bulunmayan kişilerin telefonunun dinlenmesi ya da konuşmalarının kayda alınması halinde bu kişiler yönünden delil yasakları oluşur. Somut olayda hakkında iletişimin tespiti kararı verilen sanık C’nin kardeşi olan Ç’nin iletişiminin kayda alınması CMK m.135/3 bakımından hukuka aykırıdır. Birlikte suç şüphesi altında bulunan kişiler hakkında tanıklıktan çekinme sıfatının kayıttan önce kaybolduğuna dair görüşe katılmıyoruz. Gerekçede de belirtildiği gibi aynı soruşturma kovuşturmada sanıklardan biri bakımından kullanılabilir bir delilin, diğer sanık açısından uygulanmamasının hak ve adalet ilkelerine aykırılık oluşturmayacağı kanaatindeyiz. Zira ceza sorumluluğu şahsi olup aynı olay bakımından hakkında mahkûmiyet hükmü kurulmasına yetecek delil bulunmayan kişiye şüpheden sanık

39 Şen Ersan, Türk Hukukunda Telefon Dinleme- Gizli Soruşturmacı-X Muhbir, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013, s. 175; Murat Yardımcı, Türk Hukukunda İletişimin Denetlenmesi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 211.

yararlanır ilkesi de gözetilerek ceza verilmemelidir. Çoğunluk görüşüne katılmayan Genel Kurul üyesinin de belirttiği üzere, C hakkında verilen iletişimin tespiti koruma tedbiri sonucu Ç'nin de bu suçu işlediği yönünde kuvvetli bir şüphe oluşmuşsa ve bu suç soruşturması yapılan ve katalogda yer alan suçlardan da biri olduğundan Ç hakkında da ayrıca Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesi kapsamında iletişimin denetlenmesi kararı alınması gerekmektedir. Bu şekilde bir karar alınmadan telefon konuşmalarının dinlenmesi ve kayda alınması yasak delil kapsamındadır. Hukuk normları mutlak delil bulma anlayışı için feda edilmemelidir.

Delil yasakları ile ilgili hak ihlalleri bakımından Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuru kapsamında mahkeme şu başlıkları ele alır: somut olayda ihlal edilen temel hak ve özgürlüğün Anayasa ve AİHS kapsamında yer alması, ihlalin kamu gücü tarafından yapılmış olması, ihlalle ilgili olarak tüm kanun yollarının tükenmiş olması ve ihlal yasağının kanun yollarında gözetilmesi zorunlu olan hususlar dışında olmasıdır<sup>40</sup>.

Anayasa Mahkemesi'nin 01/02/2018 tarihli *Orhan Kılıç*<sup>41</sup> kararına konu teşkil eden olayda, başvuru, polis memurları M.E ve Ö. Ö'nün yanına yaklaşarak uyuşturucuya ihtiyaçları olup olmadığını sormuş; bunun üzerine polisler daha fazla uyuşturucu madde ele geçirmek için herhangi bir arama kararına dayanmaksızın başvuru evine gitmiş ve evde bulunan uyuşturucu maddelere el koymuşlardır. Usulüne uygun bir arama kararı olmadan yapılan yargılama sonucu başvuru hapis cezası almıştır. İç hukuk yolları tüketilmiş ve sanık kararı Anayasa Mahkemesine taşımıştır. Anayasa Mahkemesi yapmış olduğu değerlendirmede *"Hukuki bir temeli olmadan elde edilen veya elde edilmiş yöntemleri bakımından hukuka aykırı olduğu ilk bakışta anlaşılabilen delillerin yargılamada tek veya belirleyici delil olarak kullanılması adil yargılanma hakkı bakımından titizlikle incelenmelidir. Ceza muhakemesinde delillerin elde edilmiş şekli ve hükme esas alınma düzeyleri,*

40 Maden, Mehmet; Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Bakımından Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Delil Yasakları, Anayasa Yargısı 32 (2015), s.209, ([http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa\\_yargisi/2015/7.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/2015/7.pdf)) E.T.16.09.2018.

41 Orhan Kılıç Başvurusu, Başvuru Numarası: 2014/4704, (<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/basin/kararlarailiskinbasinduyurulari/bireyselbasvuru/detay/160.html>) E.T. 07.10.2018.

*yargılamanın bütünü adil bir yargılanmaya ve hakkaniyete aykırı hale getirebilir. Hakkaniyete uygun bir yargılama, delillerin gerçekliği ve güvenilirliği konusundaki bütün şüphelerin giderilmesini ve sanık ya da mağdur bakımından delillerin güvenilirliğine itiraz etme fırsatının tanınmış olmasını zorunlu kılar. Somut olay bakımından ise failin konutunda yapılan aramanın 5271 sayılı Kanun'un yukarıda belirtilen maddelerine aykırı şekilde yapıldığı ortadadır. Somut olayda, hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilen arama sonucu elde edilen delillerin belirleyici delil olarak kullanılmasının bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetini zedelediği görülmektedir. Aramanın icrasındaki "kanuna aykırılığın" yargılamanın bütünü yönünden adil yargılanma hakkını ihlal eder nitelikte olduğu kanaatine varılmıştır" şeklinde karar vermiştir.*

Anayasa Mahkemesi de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi yasadik delil iddiaları bakımından başvuruçuların bu delile itiraz etme imkânı olup olmadığı, adil yargılama hakkının gözetilip gözetilmediği, sanık ya da şüphelinin savunması için yeteri kadar güvencenin sağlanıp sağlanmadığı ve silahların eşitliği ilkesinin gözetilip gözetilmediği hususlarını değerlendirmektedir<sup>42</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Jalloh/Almanya*<sup>43</sup> kararı bu çerçevede önemli bir karardır. Olayda uyuşturuçu kuryesi Jalloh yakalanacağını anlayıp uyuşturuçu maddeleri paketler halinde yutmuş, bunun üzerine soruşturma birimleri de delil güvenliğinin sağlamak için Jalloh'a zorla kusturuçu madde vermiştir. Mahkeme; delil elde etmek için dahi olsa daha zararsız yöntemlere başvurmadan (gözlem altına alma-beden muayenesi) doğrudan böyle bir yöntemin uygulanmasını insanlık dışı kabul ederek AIHS m. 3'de düzenlenen işkence yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir.

## **B- Delil Değerlendirme Yasakları**

Delil değerlendirme yasakları, hukuka aykırı bir delilin hüküm verilirken değerlendirilmemesi anlamına gelir. Türk hukukunda hukuka aykırı yollarla elde edilmiş bir delilin değerlendirilmesi yasaktır<sup>44</sup>.

42 Maden, s.214.

43 Jalloh v. Germany, Application no. 54810/00, 11.07.2006 ([www.hr-dp.org/contents/534](http://www.hr-dp.org/contents/534)) E.T. 13.08.2018.

44 Şahin, Cumhuriyet/Göktürk, Neslihan; Ceza Muhakemesi Hukuku C.II, Seçkin, 4. Bası, Ankara 2015, s.88.

Elde edilen bir delilin, değerlendirme yasağı kapsamında olup olmadığı, delilin kesin ve açık bir şekilde düzenlenmiş bir hükmü ihlal etmesi koşuluna bağlı değildir<sup>45</sup>. Mahkeme somut olayın özelliklerine bakarak delilin değerlendirme yasağı kapsamına girip girmediğini araştırır.

Delil elde etme yasaklarının önemli bir kısmının şüpheli ve sanığın ifadesi veya sorgusu sırasında kullanılan yöntemlerle ortaya çıkabileceği hususuna yukarıda değinmiştik. Bu yöntemlerle veya başka hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin yargılama sırasında ve hüküm verirken kullanılmaları da yasaktır. Ancak bir delilin değerlendirme yasağı içine girmesi için mutlaka yasak yöntemlerle elde edilmiş olması olmasına gerek yoktur<sup>46</sup>. Örneğin “nemo tenetur” yani kişinin kendisini ve yakınlarını suçlayıcı beyanlarda bulunamayacağı ilkesinin uzantısı olarak kabul edilen tanıklıktan çekinme müessesinde, tanığın ilk duruşmada tanıklıktan çekinmesi halinde, önceki aşamalarda verdiği hukuka uygun ifadeleri de hüküm verilirken göz önünde bulundurulamayacaktır<sup>47</sup>. Tanık, tanıklıktan çekinerek soruşturma ve kovuşturma evresinde hukuka uygun şekilde elde edilen daha önceki beyanlarını geriye dönük olarak değerlendirilemez hale getirmektedir. Aynı şekilde telekomünikasyon yoluyla iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması koruma tedbiri sonucunda elde edilen kayıtlar, katalogda yer almayan bir suçtan dolayı kurulan bir mahkûmiyet hükmünde delil olarak değerlendirilemez<sup>48</sup>. Ancak Yargıtay, daha sonra yargılama sırasında suçun niteliğinin değişmesi dolayısıyla suçun katalog dışında kalmış olması halinde, önceden elde edilmiş delillerin yeni suç için kullanılabilceğini kabul etmektedir<sup>49</sup>.

Hukukumuzda Anayasa'nın 38/6. maddesinde düzenlenen “*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular delil olarak kabul edilemez*” hük-

45 Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.671.

46 Şahin/Göktürk, s.88.

47 Şahin/Göktürk, s.88, Özen, Z. İnci; Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku Mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katılma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(2) 2017, s.129.

48 “Sanıklar hakkında uyuşturucu madde ticareti yapma suçu nedeniyle iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması kararı verilmiştir. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma veya suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olma suçları yönünden dinleme kararı bulunmadığından sözü edilen telefon konuşmaları bu suçlarda delil olarak kullanılamaz”. YRG 10. CD. 31.01.2013 tarih ve 2013/9688-1076. [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) E.T. 12.03.2018.

49 YRG CGK, 12.06.2007 tarih ve E. 2006/5.MD-154, K. 2007/145 [www.karara.com](http://www.karara.com) E.T. 13.08.2018.

mü ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 217/2. maddesinde düzenlenen “Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir” hükmü ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 206/2. maddesinde düzenlenen “kanuna aykırı olarak elde edilmiş olan delillerin ikamesinin reddedileceği” hükümleri ile genel bir değerlendirme yasağı getirilmiştir. Bu düzenlemeler ile birlikte yasak delil konusu hâkimin sorunu olmaktan çıkarılmış ve yargılamada görev olan herkesi içine alacak şekilde genişletilmiştir<sup>50</sup>. Örneğin yasak usuller kullanılarak elde edilen ikrarları veya özel kişiler tarafından hukuka aykırı yollarla elde edilen delilleri savunma makamı bakımından da lehe veya aleyhe şekilde kullanılamayacaktır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 206. ve 217. maddeleri mutlak ve genel bir yasak düzenlemiş olsa da Ceza Muhakemesi Kanunu'nun başka hükümlerinde ve diğer özel kanunlarda da değerlendirme yasakları düzenlemiştir.

Hukuka aykırı şekilde elde edilen her türlü delilin hükme esas alınmaması gerektiği yönünde öğretide baskın bir görüş olmasına rağmen, bazı yazarlar hukuka aykırı delilin muhakemede değerlendirme dışında bulunmasını kabul etmekle birlikte basit şekli hataların mutlak değerlendirme yasağı içinde sayılmaması gerektiğini savunurlar<sup>51</sup>. Bu yazarlardan Yenisey/Nuhoğlu'na göre hukuka aykırı şekilde elde edilen delil kavramındaki hukuka aykırılık, yalnızca sanığın temel bir hakkının ihlal edilmesi durumunda söz konusu olabilir. Yargılamanın bütünü, hukuka uygun veya aykırı yöntemle elde edilen deliller göz önünde bulundurulurken, Anayasanın 36'ncı maddesinde gösterildiği biçimde adil ise delil hukuka aykırı yöntemle elde edilse dahi kullanılabilir<sup>52</sup>. Benzer görüşteki diğer yazarlara göre de basit bir şekli aykırılığın, mutlak bozma sebebi sayılması uzun vadede son derece ağır sonuçlara yol açabilecektir. Bu nevi bir durumda sanık ya da şüphelinin temel bir hakkının ihlal edilmediği, yalnızca şekli aykırılıkların bulunması halinde delillerin kullanılmaması yargılamanın bütününe adil olmasına gölge düşürebilir. Örneğin gündüz yapılması gereken arama gece yapılmışsa ve somut olayda bundan başka hiçbir hukuka aykırılık söz

50 Birtek, s.294.

51 Köse, Metin; Ceza Kovuşturmasında Delillerin Otaya Konması ve Değerlendirilmesi” Seçkin, Ankara 2017, s.235.

52 Kunter/Yenisey / Nuhoğlu s. 1080.



konusu değilse, hiçbir temel hak ihlali söz konusu olmadığından elde edilen deliller yasadik delil olarak nitelendirilmemelidir<sup>53</sup>.

Alman Hukukunda böyle genel bir değerlendirme yasağının bulunmadığına yukarıda değinmiştik. Alman Hukukunda bir delilin, kişilerin temel haklarını etkileyip etkilemediğine göre mutlak- nispi delil ayrımına gidilmektedir<sup>54</sup>. Bu nedenle hukuka aykırı delillerin kullanılmayacağını açıkça belirten bir düzenlemenin bulunduğu Türk Hukukunda basit şekilde aykırılıkların göz ardı edilerek elde edilen delilin kullanılabilmesini savunan görüşlere katılmak mümkün değildir.

Anglo-Amerikan hukuk sisteminde kabul edilen delil değerlendirme yasaklarına da çalışmamızda değinmemiz gerektiğini düşünüyoruz. Bu sistemde delil yasaklarına dışlama kuralı (bastırma doktrini) denmektedir<sup>55</sup>. Delil yasaklarının kabul edilmesinin nedeni kolluğu disiplin altına almaktır<sup>56</sup>. Bu sistemde kolluğun ciddi boyutlardaki hak ihlali hallerinde tazminat davaları ve cezai soruşturmalar ile karşı karşıya kalınmasının önlenmesi için delil değerlendirme yasakları mutlak şekilde uygulanmaktadır<sup>57</sup>. Ancak bazı durumlarda mahkemeler bu kurala istisnalar getirmektedir<sup>58</sup>. Amerikan Anayasa Mahkemesi bu delillerin değerlendirilip değerlendirilmeyeceği noktasında, hüküm veren mahkemenin takdir yetkisini kullandığı hallerle sınırlı olmak kaydıyla bazı temel haklar bakımından ayırım yaparak inceler. Bu haklardan bazıları hukuka aykırı arama ve el koymada bağışıklık, işkence ve kötü muameleyle tabii tutulmama hakkı, müdafinin yardımından yararlanma hakkı, kendisi ve yakınları aleyhine suçlayıcı beyanda bulunmama hakkı, mahkûl sürede yargılanma hakkıdır<sup>59</sup>. ABD’de delil değerlendirme yasağı ilk kez ve 1886 tarihli *Boyd v. United States*<sup>60</sup> davasında tartışılmıştır. Bu

53 Öztürk Bahri, Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan, Sırma Özge, Saygılar Yasemin, Alan Esra; Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 376.

54 Köse, s.236.

55 Gödekli, Mehmet; Türk Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğe Ulaşmanın Ön Koşulu Olarak Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Yasağı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65 (4), 2016, Ankara, s.1836, Dülger, Murat Volkan; Dışlama Kuralı ve Hukuk Aykırı Delillerin Uzak Etkisi, Seçkin, 2014, Ankara, s.101.

56 Gödekli, s. 1836.

57 Akyürek, s. 65.

58 Gödekli, s.1837.

59 Yenisey Feridun, Nuhoglu Ayşe; Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, 2017 s.549.

60 Boyd and others, Claimants, etc., v. United States, (<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/116/616/>) E.T. 07.10.2018.

davada sanıkların kendilerini suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanması sonucu eşyalarına el konulmuş, Anayasa Mahkemesi sanıkların kendini suçlayıcı belgeleri ibraza zorlanmasının delile ilişkin maddi bir unsur olduğunu, yapılan koruma tedbirlerinin de amacını etkileyeceğini belirterek bu şekilde elde edilen delilin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir. Delil değerlendirme yasağı ile ilgili olarak önemli bir diğer dava ise 1936 tarihli *Brown v. State of Mississippi*<sup>61</sup> davasıdır. Bu davada kolluğun işkencesine maruz kalan sanık suçunu ikrar etmiş, Anayasa mahkemesi ise işkence ile alınan ikrarın geçersizliğine karar vermiştir<sup>62</sup>. Son dönemlerde Amerikan Anayasa Mahkemesi'nin bu katı uygulamaları biraz esnettiği görülmektedir<sup>63</sup>. Bu durumda verilen 2009 tarihli *Herring v. United States*<sup>64</sup> davasına değinmek gerekir. Olayda mahkeme, hukuka aykırı yollardan elde edilmiş delilin hükme esas alınamayacağı kuralının son çare olarak kullanılması gerektiğini, kolluk tarafından meydana gelen hatalı keyfi ve kasti bir davranışla delilin elde edilmemiş olması halinde elde edilen delillerin kullanılabilceğini ifade etmiştir.

Delil değerlendirme yasakları öğretilde mutlak ve nispi değerlendirme yasağı şeklinde ikiye ayrılarak da incelenmektedir. Mutlak ve nispi kelimeleri özel hukuktaki karşılıklarından bağımsızdır ve delilin tamamen ya da kısmen elde etme veya değerlendirme yasağı içinde olduğun incelenir.

### C. AİHM Kararlarında Delil Yasakları

AİHM delil yasakları ile ilgili herkes tarafından kabul edilen genel, belirli kararlar ortaya koymamıştır. Mahkeme delilin muhakemede kullanılıp kullanılmayacağını yargılamanın adil olup olmadığı çerçevesinde değerlendirmektedir. AİHM, ulusal mahkemelerin belirli bir delili kabul edip etmemesi konusunda takdir yetkisinin olduğunu kabul etmekle birlikte, mahkemelerin bu yetkiyi açıkça keyfi kullandıkları zaman devreye girmektedir<sup>65</sup>.

61 *Brown et al. v. State of Mississippi*, (<https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/297/278.html>) E.T. 07.10.2018.

62 Gödekli, s. 1836.

63 Tanrıku, Cengiz; *Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilişim Sistemlerinde Arama ve El koyma*, Adalet, Ankara 2014, s.523.

64 *Herring v. United States*, (<https://www.oyez.org/cases/2008/07-513>) E.T. 07.10.2018.

65 Birtek, s.349.

*Schenk/İsviçre*<sup>66</sup> olayında, Schenk karısını öldürmek için kiralık katil tutmuş, katil Schenk ile yapılan konuşmaları kayda alıp polise ve mahkemeye bildirmiş bunun üzerine Schenk konuşmaların kayda alınmasının İsviçre hukukuna göre hukuka aykırı delil olmasına rağmen mahkûm edilmiş ve bunu sonucunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurmuştur. AİHM, gizli dinlemenin polis tarafından değil, özel kişi tarafından yapıldığı noktasına dikkat çekmiş, kaydın mahkumiyetin dayandığı tek delil olmadığını belirtmiş ve adil yargılanma hakkını düzenleyen m.6'nın delil araçları konusunda genel bir düzenleme içermediğini belirtmiş; hukuka aykırı olarak elde edilmiş bir delilin de eğer muhakeme bir bütün olarak adil ise değerlendirilebileceğini kabul etmiştir.

Mahkeme *Khan/Birleşik Krallık*<sup>67</sup> kararında da aynı görüşünü tekrarlamıştır. Olayda başvuru, kuzeniyle gittiği havaalanında memurlar tarafından durdurulmuş ve yapılan aramada kuzeni üzerinde eroin bulundurduğu için tutuklanmıştır. Khan sorgulanmış ama üzerinde uyuşturucu madde bulunmadığı için serbest bırakılmıştır. Yaklaşık 4 ay sonra Khan uyuşturucu ticareti yapma şüphesiyle polisin takip ettiği ve evine gizli dinleme cihazı yerleştirdiği arkadaşını ziyarete gitmiş, burada kendisinin de uyuşturucu nakline katıldığı yönündeki beyanları dinleme cihazıyla kaydedilmiş ve hakkında dava açılmıştır. Khan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurmuş, mahkeme özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiğine karar vermekle birlikte, haberleşmenin gizliliğini ihlal suretiyle elde edilen kayıtların içeriğine ve yargılamada kullanılmasına ilişkin olarak bütün yargılama süreci boyunca yeterli itiraz ve tartışma imkanı tanındığını belirtmiş ve bir bütün olarak yargılamanın adil olduğunu ve hukuka aykırı bu delilin kullanılmasını m. 6'daki hakkaniyet uygunluğunu sağlayan gerekliliklerle çatışmadığına karar vermiştir.

*Hulki Güneş/Türkiye*<sup>68</sup> kararında AİHM; hukuka aykırı şekilde ve sözleşmenin 3. maddesindeki güvenceye aykırı olarak gözetim altında tutulan başvuruçunun bu süreçte kollukta verdiği, fakat sonradan kabul

66 Schenk v. Switzerland 12.07.1988 App. No. 10862/84 "Hâkim kararının bulunmadığı bir dinleme kaydı hukuka aykırı ise de savunma, söz konusu kayda itiraz etme hakkına sahip olduğuna ve sanığın mahkumiyetini destekleyen başka deliller de bulunduğu göre m.6 ihlal edilmemiştir".

67 Khan v. United Kingdom 12.05.2000 App No.35394/97.

68 Gunes v Turkey 25.09.2001 App No. 31893/96 <https://hudoc.echr.coe.int/eng E.T>: 13.08.2018.

etmediği ifadelerine dayanılarak hüküm verilmesini, başvuru ile hiç karşı karşıya gelmeyen tanık beyanlarına dayanılmış olmasını adil yargılanma hakkının ihlali olarak görmüştür.

*Gäfgen/Almanya*<sup>69</sup> olayında, başvuru, 11 yaşındaki bir çocuğu boğarak öldürmüş, cesedini göle atmıştır. Fail, mağdurun ailesinden fidye istemiş, fidye alındıktan sonra çocuğu serbest bırakacağını belirtmiştir. Fidyeyi aldıktan sonra kaçarken yakalanan faile, fiziksel acı verilerek ve hatta ilaç verilerek mağdurun yeri söylenilmeye çalışılmış ve fail mağdurun öldüğünü ve cesedinin de gölde olduğunu ikrar etmiştir. Fail mahkemede polisin kendine işkence uyguladığını ve bu nedenle verdiği ifadenin kullanılamayacağını belirtmiştir. Bölge mahkemesi, yapılan işlemin anayasal hakları ihlal ettiğini tespit etmesine rağmen, suçun ağırlığı ön planda tutularak somut olayda “hukukun üstünlüğüne istisnai ve hoş görülemeyecek bir aykırılık bulunmadığı” gerekçesiyle yargılamaya devam etmiştir. Ayrıca mahkeme işkence tehdidini kabul ederek verilen ifadelerin delil olarak kullanılamayacağına karar vermiştir. Ancak mahkeme “işlenen suçun koruduğu hukuki menfaati” değerlendirdikten sonra çocuğun ifadesi sonucu elde edilen lastik izi, ceset, fidye mektubu gibi delillerin kullanılabilmesine karar vermiş ve başvurucuyu mahkûm etmiştir. AİHM ise olayda m.3’ün (işkence yasağı) ihlal edildiğini ve fakat başvuruçunun ihlalden kaynaklanan mağduriyetinin devam etmediğine ve m6’nın (adil yargılanma hakkı) ihlal edilmediğine karar vermiştir. Mahkemeye göre hüküm, işkence tehdidi altında alınan ifadelere değil de mahkeme önündeki duruşma beyanına (duruşmadaki ikrara) ve olay yerinde bulunan maddi delillere dayandırıldığı için, yargılamanın adil yargılama hakkını ihlal etmediğine karar vermiştir<sup>70</sup>. Karar öğretide yasadik delilin uzak etkisi bağlamında eleştirilmiştir.

*Castro/Portekiz*<sup>71</sup> davasında iki sivil polis, eroin alıcısı kılığında, uyuşturucu satıcılığından şüphelenilen bir kişiyle temas kurarak eroin temini konusunda anlaşmışlardır. Başvuruçuyu uyuşturucuyu polislere teslim ederken yakalanmış ve mahkûm edilmiştir. Başvuruçuyu, polisler

69 Gäfgen v. Germany 01.06.2010 App No. 22978/05 <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99015> E.T. 13.08.2018.

70 Dülger, Gäfgen Kararı, s.326.

71 Castro v. Portugal 09.06.1998 App No. 25829/94, [http://www.hrcr.org/safrica/arrested\\_rights/castro\\_portugal.html](http://www.hrcr.org/safrica/arrested_rights/castro_portugal.html) E.T. 13.08.2018.

tarafından suç işlemesi kışkırtıldığını belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiği şikâyeti ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuruda bulunmuştur. AİHM somut olayı delil elde etme yöntemi açısından yargılamanın bir bütün olarak adil şekilde olup olmadığı yönüne dikkat çekmiş, suçla mücadelede kamu menfaatinin gözetilmesinin, polisin provokasyonu yoluyla haklı çıkartılamayacağı<sup>72</sup> belirtmiş ve AİHS m.6'nın ihlal edildiğine karar vermiştir.

### III- DELİL YASAKLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

#### 1- Özel Kişiler Tarafından Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu

Delil yasaklarının kabul edilmesindeki amaç “*hukukun meşru gördüğü araçlarla maddi gerçeğin ortaya çıkarılması*” olduğuna göre, bu hukuka aykırılığın kim tarafından meydana getirildiğinin bir önemi bulunmamaktadır. Ancak Kıta Avrupası Hukuk sistemini benimseyen bazı ülkelerde, Ceza Muhakemesi Kanunlarındaki kuralların sadece soruşturma ve kovuşturma organları için düzenlendiği, özel kişilerin bu kapsamda yer almadıkları için onlar tarafından elde edilen delillerin kullanılabilmesi kabul edilmektedir<sup>73</sup>.

Türk Hukukunda özel kişiler tarafından elde edilen delillerin değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorunu 2001 Anayasa değişikliğine kadar tartışmalı bir konu olmuştur. 765 sayılı kanun döneminde 254/2 maddesinde düzenlenen hükme göre “*Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınmaz.*” Tartışmalı olmakla birlikte öğretilerde bazı yazarlar bu genel ifadeye göre, özel kişiler tarafından hukuka aykırı bir şekilde elde edilen delillerin muhakemede kullanılabilmesi ifade etmiştir<sup>74</sup>. Tartışmalar Anayasa Mahkemesi'nin 2001 tarihli kararı ile noktalanmış, özel kişilerce elde edilen hukuka aykırı delillerin yargılamaya konu olamaya-

72 Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.676.

73 “Elde edilen delilin temel haklara ve insan onuruna aykırı şekilde elde edilmesi, özel hayata ağır müdahalede bulunarak elde edilmesi ve devlet organları tarafından özel kişilerin kullanılması halinde ise istisna getirilmektedir”. Bakınız. Öztürk, s.424.

74 Özboyacı, Alper; Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları, Kazancı Hukuk Yayınevi,2008 İstanbul, s.23.

çağına hükmedilmiştir<sup>75</sup>. Bu kararın konusu bir siyasi parti kapatılması olup siyasetçilerin telefon görüşmelerinin özel bir kişi tarafından kayda alınıp mahkemeye sunulması ile ilgilidir. Karada Anayasa Mahkemesi, o dönem yürürlükte olan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunundaki düzenlemenin soruşturma ve kovuşturma organları ile ilgili olduğunun kabulü ile birlikte, gizlice 3. Kişi tarafından alınan kayıtların özel hayatın gizliliğini ihlal ettiğini ve bu delilin hukuka aykırı delil olarak kabulünün zorunlu olduğuna karar vermiştir.

Özel hayata müdahalelerin önüne geçmek için özel kişilerin elde ettiği hukuka aykırı delillerin kullanılmayacağı noktasında bir sorun olmamakla birlikte, üçüncü kişinin, ilgilinin özel hayatına müdahalesinin haklı kabul edilebileceği durumlarda bu deliller kullanılabilir. Üçüncü kişinin bu haklı müdahalesinin dayanağı da hukuka uygunluk sebepleri olmalıdır. Somut olayda üçüncü kişinin elde ettiği delil bakımından bir hukuka uygunluk sebebi bulunuyorsa bu delil hüküm verilirken değerlendirilebilir<sup>76</sup>. Örneğin şantaj veya tehdit suçuna maruz kalan mağdurun faille arasında geçen konuşmayı kaydetmesi ve bu konuşmayı kasete alması, elde edilen delili hukuka aykırı kılmamalıdır.

## 2- Tesadüfen Elde Edilen Delilerin Değerlendirilmesi Sorunu

Soruşturma organları tarafından delil elde etmek amacıyla başvuru koruma tedbirleri kapsamında, soruşturma konusu suç ile ilgili olmayan fakat kendiliğinden başka bir suça ait delil elde edilmesi halinde *“tesadüfen elde edilen delil”* söz konusudur.

Tesadüfen elde edilen deliller ile ilgili düzenleme Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 138. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin ilk fıkrasında; *“Arama veya el koyma koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhurbaşkanlığına derhâl bildirilir”* hükmü düzenlenmiştir. Kanun koyucu

75 Bu karar için bakınız AYM 22.06.2001 tarih, E.1999/2, K.2001/2 <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/0a6f1734-1ab5-49f7-aea8-77764a0fb3b7?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> E.T. 13.08.2018.

76 Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.673.

arama sırasında ele geçen tesadüfi delillerin hukuka uygun saymış ve ispat aracı olarak kullanılabilceğini ifade etmiştir.

Düzenlemenin ikinci fıkrasında ise; *“Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturma ile ilgisi olmayan ve ancak, 135 inci maddenin altıncı fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandıracak bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir”* şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu düzenlemede ise kanun koyucu, tesadüfen elde edilen delilin yalnız iletişimin denetlenmesine karar verilebilecek katalog suçlara ait olması durumunda delil olarak kullanılabilceğini kabul etmiştir. Tesadüfen elde edilen delilin iletişimin denetlenmesi tedbirine konu olabilecek katalog suçlar dışında bir suç olması halinde, bu deliller yönünden ise *“kanun ile getirilmiş bir özel değerlendirme yasağı”* söz konusudur<sup>77</sup>.

Tesadüfen elde edilen delil sonucu iletişimin dinlenmesi koruma tedbirinde devam edilebilmesi için, tesadüfi delil sonucu ortaya çıkan yeni suç ile ilgili yeniden bir dinleme kararının alınması gerekir<sup>78</sup>. Buna göre hakkında iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması kararı verilen bir şüpheli hakkında dinleme yapılırken, hakkında iletişimin tespiti kararı bulunmayan tarafın veya üçüncü kişinin de CMK m.135’de yer alan katalog suçlardan birini işlediği yönünde bir delile rastlanırsa bu delil muhafaza altına alınmalı ve durum hemen Cumhuriyet Başsavcılığına bildirilmelidir<sup>79</sup>. Örneğin nitelikli hırsızlık suçunu işlediği şüphesiy-le hakkında iletişim dinlenmesi koruma tedbiri uygulanan şüpheliyle konuşmanın karşı tarafı olan X’in yapmış olduğu görüşmelerde, X’in yağma suçunu işlediğini ikrar ettiği delillere rastlanmışsa, yağma suçu da katalogda yer alan bir suç olduğu için bu konuşma muhafaza altına alınmalı ve durum hemen Cumhuriyet Başsavcılığına bildirilmelidir. Ancak bu durumda da X için yağma suçu bakımından, iletişimin denetlenmesi şartlarının oluşup oluşmadığı değerlendirilerek yeni bir hâkim kararı alınmalıdır<sup>80</sup>.

77 Birtek, s.327.

78 Şen, Ersan, “İletişimin Denetlenmesi Tedbiri”, Ceza Hukuku Dergisi, 2007, S. 4, s.111.

79 Gündem, Kemal; CMK m. 138 Çerçevesinde Tesadüfen Elde Edilen Deliller (Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2011, s.171

80 Gündem, s.171.

#### IV- DELİL YASAKLARININ UZAK ETKİSİ

Delil yasaklarının uzak etkisi, hukuka aykırı bir şekilde delil elde edildiğinde, bu delile bağlı olarak başka bir delilin varlığından haberdar olunursa ve bu ikinci delil hukuka uygun şekilde ele geçirilirse, bu delilin yargılamada kullanılıp kullanılmayacağı sorunudur<sup>81</sup>. Örneğin sanığın işkence sonucu suçunu itiraf ettiği, bu arada suç aletinin yerini söylediği ve hukuk uygun bir arama sonu suç aletini bulunduğu bir olayda, suç aletine ulaşırken kullanılan yöntemin hukuka aykırı olması sebebiyle, bu şekilde hukuka aykırı delilden türeyen hukuka uygun delilin, hüküm verilirken kullanılıp kullanılmayacağı sorunudur. Anglo-Amerikan hukuk sistemi bu tür delilleri “*zehirli ağacın meyvesi*”<sup>82</sup> olarak değerlendirmiş ve kural olarak “*zehirli ağacın meyvesi de zehirli*” diyerek delil değerlendirme yasağı kapsamında kabul etmiştir<sup>83</sup>. Amerikan Hukukunda yukarıda da belirttiğimiz gibi dışlama kuralı ilkesini geliştirerek bu sorunu çözmeyi amaçlamıştır<sup>84</sup>. Bu kural ilk olarak *Weeks v. United States*<sup>85</sup> davasında, polis anayasadaki kişi ve konut dokunulmazlığı maddesini ihlal edip hukuka aykırı arama ve el koyma tedbirini uygulaması sonucunda elde edilen delilin duruşmada kullanılmayacağına karar verilmesiyle uygulanmaya başlamıştır<sup>86</sup>. Kavramsal olarak ise dışlama kuralı ilk kez Amerikan Anayasa Mahkemesi yargıcı Frankfurter tarafından *Nardone v. United States*<sup>87</sup> davasında kullanılmıştır. Bu davada yasa dışı yapılan dinleme sonucu tespit edilen deliller hukuka aykırı bulunarak değerlendirme dışında bırakılmıştır<sup>88</sup>. *Lumber Co v. United States*<sup>89</sup> davasında ise dışlama kuralı ile hukuka aykırı şekilde elde edilen ilk delilin reddedilmesinin yanı sıra hukuka uygun yollarla elde edilebilecek diğer yasal delillerin de kullanılmayacağı ifade edilmiştir. Hukuka aykırı delilden türeyen ikinci delilin kabul edilme-

81 Karakehya, s.265.

82 “fruit of the poisonous doctrine”

83 Centel/Zafer, s.744.

84 Dülger, Dışlama Kuralı, s. 200.

85 *Weeks v. United States*, (<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/245/618>) E.T 12.09.2018.

86 Dülger, Dışlama Kuralı, s. 201.

87 *Nardone v. United States*, (<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/308/338/>) E.T. 16.09.2018.

88 Dülger, Dışlama Kuralı, s.198.

89 *Lumber Co v. United States*, (<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/251/385/>) E.T 12.09.2018.



sinin yasak olduğu halde temel bir hakkın ihlal edilmesinden bahisle yasal avantaj kazanılmasına dolaylı biçimde yol açıldığı belirtilmiştir<sup>90</sup>.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi hukuka aykırı bir şekilde elde edilen delilden türeyen hukuka uygun bir delilin yargılamada kullanılamaz. Öğretide genel kabul gören genel görüş bu şekildedir<sup>91</sup>. Buna karşı çıkan azınlık görüş ise, delilin hukuk aykırı şekilde öğrenilmesinin delili hukuka aykırı hale getirmediği, Anayasa ve kanunda sadece delilin elde edilmesi ve değerlendirilmesine ilişkin yasakların bulunduğu ve dolayısıyla hukuka aykırı şekilde türeyen hukuka uygun bir delilin değerlendirmesi bakımından herhangi bir sorun olmayacağı yönündedir<sup>92</sup>.

Kanaatimizce de hukuka aykırı bir delil vasıtasıyla elde edilen hukuka uygun bir delil hükme esas alınmamalıdır. Zira aksi durumlarda kamu görevlilerinin hukuka aykırı eylemleri (örneğin işkence) aracılığıyla öğrendikleri her bilgi sanık aleyhine kullanılabilir ve hukuk sistemi delilden suçu değil suçtan delili araştırmaya giden bir politika anlayışına girerek hukuk devleti anlayışını zedeler.

Yukarıda “AİHM Kararlarında Delil Yasakları” başlığında değinilen *Gäfgen/Almanya* kararında AİHM, hukuka aykırı delillerden hareketle elde edilen açısından “zehirli ağacın meyvesi” kuramını mutlak uygulamayarak, hukuka aykırı deliller kullanılarak elde edilen delillerin adeta “öldürücü zehirli meyve”, “bazılarını ise öldürücü olmayan zehirli meyve” benzeterek değerlendirmiş ve bu bağlamda işkence sonucu ulaşılan ikrara dayanılarak mahkumiyet kararı verilmesini adil yargılama hakkına aykırı görmeyerek eleştiriye açık bir içtihat ortaya koymuştur<sup>93</sup>.

## V- YASAK DELİLİN DOSYADAN ÇIKARILIP ÇIKARILMAYACAĞI SORUNU

765 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu zamanında yasak delilin dosyadan çıkarılıp çıkarılmayacağı sorunu tartışmalıydı. Öğretide

90 Dülger, Dışlama Kuralı, s. 202.

91 Bu görüşte olan yazarlar için bakınız Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.674, Centel/Zafer, s.745 Ünver/Hakeri, s.625, Eryılmaz, Mesut Bedri; Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, Seçkin, Ankara 2012, s.658.

92 Karakehya, s.265.

93 Ünver/Hakeri, s.625.

çoğunluk görüşü yasak delilin dosyadan çıkartılmaması gerektiği yönündeydi. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanun’da ise konuyla ilgili iki yeni düzenleme bulunmaktadır. CMK m.206/2-a’ya göre “*delil hukuka aykırı olarak elde edilmişse reddedilir*” o halde böyle bir delil varsa esasen dosyaya giremez. CMK m.230/1-b’ye göre ise “*...dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delilerin ayrıca ve açıkça*” gösterilmesi gerekmektedir. Bu durumda da şayet yine de böyle bir delil varsa artık dosyadan çıkarılmayacak ve mahkeme bunu ayrıca değerlendirecektir<sup>94</sup>.

## SONUÇ

Yıllardan beri tartışmalı bir konu olan delil yasakları, ülkelerin muhakeme ve suç politikası gereği farklı şekillerde yorumlanmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de sözleşmede adil yargılama hakkını düzenleyen 6. madde bağlamında kararlar vermekte ama konuyla ilgili net bir içtihat ortaya koyamamaktadır. Delil yasakları ülkemiz açısından ise öğretilerde tartışmalar yer almakla birlikte genel düzenlemeler ışığında mutlak şekilde kabul edilmemektedir. Adli ve idari organlar tarafından temel hak ve özgürlüklere yapılabilecek ağır müdahalelerin önüne geçilmesi için hukuka aykırı bir delilin hiçbir koşulda kullanılmaması gerekmektedir. Bir hukuk devleti kural tanımaz bir şekilde suçun ve suçlunun ispatını amaçlamamalı, hukuk kurallarının izin verdiği araçlar doğrultusunda maddi gerçeğe ulaşmalıdır. Temel haklar ve özgürlükleri merkezine yerleştiren bir hukuk devletinde hukuka aykırı bir delil ya da yöntemle suç işlediğini ikrar dahi etse bu delil kullanılmamalı, hükme esas teşkil edecek başka bir delil de yoksa şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği ceza almamalıdır. Aynı şekilde delil yasaklarının uzak etkisi bağlamında, hukuka aykırı bir delil vasıtasıyla elde edilen hukuka uygun bir delil de yargılanmada kullanılmamalı, ceza kovuşturması işlemlerinin kanunu dolanmak için kullanılmasının önüne geçilmelidir. Suçtan delile değil, delilden suça giden, dürüst işlem ilkesi çerçevesinde bir muhakeme anlayışıyla hareket edilmeli, muhakeme anlayışının temeline insan hakları saygı kavramı yerleştirilmelidir.

94 Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.675.

**KAYNAKÇA****Kitap ve Makaleler**

- AKYAZAN**, Ahmet Emrah; “Miranda Hakları”, TBB Dergisi, Sayı:71, Yıl: 2007, s.339-352.
- AKYÜREK**, Güçlü; “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 101, Yıl: 2012, s.62-80.
- BIÇAK** Vahit; Suç Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Ankara 2011.
- BİRTEK**, Fatih; Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat, Adalet, Ankara 2016.
- CENTEL**, Nur; **ZAFER**, Hamide; Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Bası, Adalet, İstanbul 2015.
- DEĞİRMENCİ** Olgun; Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital) Delil, Seçkin, Ankara 2014.
- DEMİRBAŞ** Timur; Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, Seçkin, 5. Baskı, Ankara 2018.
- DÜLGER**, Murat Volkan; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Gäfgen Kararı Bağlamında Ceza Muhakemesinde İşkence Tehdidi İle Elde Edilen Delillerin Kullanımı Sorunu”, TBB Dergisi, Sayı: 111, Yıl: 2014, s.326-410.
- DÜLGER**, Murat Volkan; Dışlama Kuralı ve Hukuk Aykırı Delillerin Uzak Etkisi, Seçkin, Ankara 2014.
- ERYILMAZ**, Mesut Bedri; Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, Seçkin, Ankara 2012.
- GÖDEKLİ**, Mehmet; “Türk Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğe Ulaşmanın Ön Koşulu Olarak Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Yasası”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65 (4), Ankara, 2016, s.1815-1924.
- GÜLŞEN**, Recep; “Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Aramada Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Değerlendirilmesi”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, 2015, 227-251.
- GÜNDEM**, Kemal; CMK m. 138 Çerçevesinde Tesadüfen Elde Edilen Deliller (Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2011, s.169-171.
- İÇEL**, Kayıhan; “Sorgulamada Hukuka Aykırılık ve Sonuçları”, Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul 1998.
- KARAKEHYA**, Hakan; Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2015.

- KAYA**, Köroğlu; İnsan Haklarının Korunması ve Ceza Politikası Bağlamında İşkence Yasağı ve Hukuka Aykırı Deliller”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Yıl:7, Sayı:24, Ocak 2016, s. 461-512.
- KÖSE**, Metin; Ceza Kovuşturmasında Delillerin Otaya Konması ve Değerlendirilmesi, Seçkin, Ankara 2017.
- KUNTER**, Nurullah, **YENİSEY**, Feridun, **NUHOĞLU**, Ayşe; Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta, 16.Bası, İstanbul 2008.
- MADEN**, Mehmet; “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Bakımından Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Delil Yasakları”, Anayasa Yargısı S.32, Ankara 2015, s.207-234 ([http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa\\_yargisi/2015/7.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/2015/7.pdf)).
- ÖZBEK**, Veli Özer/**DOĞAN**, Koray/**BACAĞSIZ**, Pınar/**TEPE**, İlker; Ceza Muhakemesi Hukuku Temel, 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, İzmir 2017.
- ÖZBEK**, Veli Özer; “Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları”, Alman Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, C.II, Ed: Eric Hilgendorf/Yener Ünver, İstanbul, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 2010, s.919, 920. Baskı, İstanbul 2008.
- ÖZBOYACI**, Alper; Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları, Kazancı Hukuk Yayınevi, İstanbul 2008.
- ÖZEN Z.** İnci; “Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku Mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(2) 2017, s.119-168.
- ÖZTÜRK** Bahri, **EKER KAZANCI** Behiye, **SOYER GÜLEÇ** Sesim; Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, 2. Baskı, Seçkin Ankara 2017.
- ÖZTÜRK** Bahri, **TEZCAN** Durmuş, **ERDEM** Mustafa Ruhan, **SIRMA** Özge, **SAYGILAR**
- ÖZTÜRK** Bahri, **TEZCAN** Durmuş, **ERDEM** Mustafa Ruhan, **SIRMA** Özge, **SAYGILAR** Yasemin, **ALAN** Esra, **TÜTÜNCÜ** Efser, **ÖZAYDIN** Özdem; Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017.
- ÖZTÜRK**, Bahri; Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Seçkin, Ankara 2014.
- ŞAHİN**, Cumhur/**GÖKTÜRK**, Neslihan; Ceza Muhakemesi Hukuku C.II, Seçkin, 4. Bası, Ankara, 2015.
- ŞEN** Ersan, Türk Hukukunda Telefon Dinleme- Gizli Soruşturmacı-X Muhbir, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013, s. 175; Murat Yardımcı, Türk Hukukunda İletişimin Denetlenmesi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009.

- ŞEN** Ersan; Türk Ceza Yargılaması Hukuku'nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, Beta, İstanbul, 1998.
- ŞEN**, Ersan, “İletişimin Denetlenmesi Tedbiri”, Ceza Hukuku Dergisi, S. 4. 2007.
- TANRIKULU** Cengiz; Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilişim Sistemlerinde Arama ve El koyma, Adalet, Ankara 2014.
- ÜNVER** Yener; “Ceza Muhakemesinde İspat CMK ve Uygulamamız”, Ceza Hukuku Dergisi, S.2 Aralık 2006.
- ÜNVER**, Yener/**HAKERİ**, Hakan; Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Adalet, Ankara 2017.
- YENİSEY** Feridun, **NUHOĞLU** Ayşe; Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2017.

### Kararlar

- ABD YÜKSEK MAHKEMESİ** Boyd and others, Claimants, etc., v. United States, 01.02.1886,
- ABD YÜKSEK MAHKEMESİ** Brown et al. v. State of Mississipi”, 17.02.1936 No: 301
- ABD YÜKSEK MAHKEMESİ** Herring v. United States, 14.01.2009, No: 07-513
- ABD YÜKSEK MAHKEMESİ** Lumber Co v. United States, 26.01.1920, No:358
- ABD YÜKSEK MAHKEMESİ**, Miranda v. Arizona 1966, 13.07.1966, No:759
- ABD YÜKSEK MAHKEMESİ** Nardone v. United States, 11.12.1939, No:240
- ABD YÜKSEK MAHKEMESİ** Weeks v. United States”, No: 04.02.1918 No:109
- ANAYASA MAHKEMESİ**, Fazilet Partisi Kapatma Davası, 22.06.2001 tarih, E.1999/2, K.2001/2
- ANAYASA MAHKEMESİ**, Orhan Kılıç Kararı, 01.02.2018, Başvuru Numarası: 2014/4704,
- AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ** Castro v. Portugal 09.06.1998 App No. 25829/94,
- AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ** Gäfgen v. Germany 01.06.2010 App No. 22978/05
- AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ** Gunes v Turkey 25.09.2001 App No. 31893/96
- AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ** Jalloh v. Germany, 11.07.2006 Application no. 54810/00,
- AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ** Khan v. United Kingdom 12.05.2000 App No.35394/97

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ** Schenk v. Switzerland 12.07.1988  
App. No. 10862/84

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ**, Soylemez v Turkey, 21.09.20016,  
Application no: 46661/99

**YARGITAY CEZA GENEL KURULU**, 29.11.2005 tarih ve 2005/7 -144E,  
2005/150K. Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt:32 Sayı:3, Ankara, Mart  
2006.

**YARGITAY CEZA GENEL KURULU**,12.06.2007 tarih ve 2006/5.-154E.,  
2007/145K.

**YARGITAY CEZA GENEL KURULU**, 17.11.2009 tarih ve 2009/7-160E.,  
2009/264K.

**YARGITAY CEZA GENEL KURULU**, 12.11.2013 tarih, 2013/1-251 E.,  
2013/454K.

**YARGITAY CEZA GENEL KURULU** YCK, 2013/642E., 2014/302K.

**YARGITAY 10. CEZA DAİRESİ**, 10. Ceza Dairesi. 31.01.2013 tarih ve  
2013/9688E.-2013/1076K.

---

## SALDIRAN SAVUNMAYI AKLAMAK

---

Can Hakan\*

---

### ÖZET

Kopuş Savunması olarak nitelendirilen yöntem, mahkemenin öne sürdüğü normların ve yapılagelen yargıların tamamının reddedilişi üzerine kurulu bir yöntem olmakla birlikte, bu yöntemin en iyi uygulayıcılarından birisi de “Şeytanın Avukatı”, “İletişim Provokatörü”, “Terörün Avukatı” sıfatları yakıştırılan ünlü Fransız avukat Jacques Vergès’tir. Kopuş savunmasında mahkemelerin, yargı otoritelerinin meşruiyeti sorgulanır ve bu sorgulamayla birlikte savunma, saldırıya geçer. Kopuş savunmasında medya gibi çeşitli araçlara başvurulmaktadır. Bu saldırı sorgulayan, tanımları yeniden oluşturmaya çalışan bir saldırdır. Jacques Vergès kopuş savunmasının yanı sıra, bizlere hukuk sisteminde ve günümüz dünyasında sorgulanması gereken çeşitli değerleri hatırlatır; suç ve suçu işleyenlere karşı toplumun bakış açılarını, tepkilerini irdeler. Bu yazıda da suçun nasıl oluştuğu, suçla mücadelede suçu ve suçluyu anlama ve sorgulama cesaretini gösterebilmenin önemi vurgulanacaktır. Suç işleyen bir insanın ve onu savunan avukatın sistem içinde kendilerini buldukları konumları anlamak da, hukuk sisteminin nasıl işlediği hakkında bizlere ipuçları verecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Kopuş Savunması, Medya, Avukat, Meşruiyet, Suçlu

---

\* İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Lisans Programı Dördüncü Sınıf Öğrencisi

## ACQUITTING THE ATTACKING DEFENCE

### ABSTRACT

A rupture [defense](#), is a legal defense which is based on the rejection of all norms and judicial actions in the system. One of the most popular face and practitioner of this “rupture defense” is a French lawyer Jacques Vergès who is also known as “Devil’s Advocate”, “Advocate of the Terror”. In rupture defense, legitimacy of courts and judicial authorities are getting questioned and with this questioning, the defense starts to attack. In rupture defense, different tools such as media are generally being used. This type of attack is an attack in which questions and tries to make redefinitions. Jacques Vergès reminds us the various values that must be questioned in the legal system and in today’s world. He is examining society’s point of view against the crime and those who committed the crime. In this article, we are going to emphasize on how the crime appears and the importance of showing the courage to understand and question the crime and the criminal within the struggle against the crime. Understanding where the criminal and the lawyer who defend the criminal stand in the law system, will also give us clues about how the law system works.

**Keywords:** Rupture Defense, Media, Judiciary, Lawyer, Legitimacy, Guilty

### I. GİRİŞ

*" Kimsiniz? Neyi temsil ediyorsunuz? Nedir tarihsel olarak varlık nedeniniz?"<sup>1</sup>*

1925’te Macar Komünist Matyas Rakosi<sup>2</sup>, naip Miklos Horthy’nin<sup>3</sup> yargıçlarına bu soruları sormuştur. Akla ilk gelen anlamlarıyla sadece birer «soru» olmaktan sıyrılıp, insana dair ne varsa, her şeyi irdeleyen ve

1 Vergès Jacques, *De la stratégie judiciaire*, Les Editions de Minuit, 1968 Collection Documents, réédition, avec une nouvelle préface de l’auteur, 1981, s.15

2 Macar Komünist siyasetçi, 14 Ağustos 1952 - 4 Temmuz 1953 tarihleri arasında Macaristan’ın Başbakanlık görevini üstlenmiştir.

3 Macar asker ve siyasetçi. 1 Mart 1920 - 15 Ekim 1944 tarihleri arasında kral naibi görevini üstlenmiştir.



bizi sorgulanabilir fakat cevaplanamaz olana yönlendiren haykırışlardır bu sorular... Savunma Saldırıyor kitabında da, aslında Kopuş Savunmasının bu üç soruda, oldukça sade ve anlaşılabilir bir şekilde özetlenmesi mümkün kılınabilir.

Yukarıda zikredilen üç soruya kanaatimce verilebilecek en yerinde cevaplar şöyle olacaktır:

Kimsiniz? İnsan. Neyi temsil ediyorsunuz? İnsanı. Nedir tarihsel olarak varlık nedeniniz? Sorgulamak.

Kopuş savunması olarak nitelendirilen yöntem, mahkemenin öne sürdüğü normların ve yapılagelen yargıların tamamının reddedilişi üzerine kuruludur. Avukat, mahkemenin temsil ettiğı değerler ve ideolojiler üzerinden yine mahkemenin kuruluş ve işleyiş açısından meşruiyetini sorgulamaya yönelir. Arzu edilen şey; dava konusu olmuş suçun reddi değil, aksine en açık ifadelerle fiilin, yani suç olarak tanımlananın, tanınmamasıdır.

Kopuş savunması, politik sürecin kendisi kadar yaşlı bir süreç olmakla birlikte, ilk olarak Sokrates tarafından belirgin ve nitelikli bir şekilde benimsenmiş, günümüzde de popülaritesi gittikçe artan ve başvuru bir yöntem olmuştur. Saldıran savunma olarak tanımlanmaya çalışılmış olan bu olgunun derinlemesine incelenip anlaşılmaya çalışılması, beraberinde pek çok felsefi soruları ve sorunsalları da gündeme getirecektir. Zira beklenilenin aksine, savunan tarafın ithamlarda bulunması, kendini savunurken toplumun kendisine ve sisteme ayna tutması bir yana, gerek hukuk gerek politik gerekse de etik alanlarının sınırlarını zorlayan ve bu sınırların ötesinde, olgulara geniş bir açıyla bakmaya çalışan bir tutum sergilemeye çalışması demektir. Kopuş savunmasının, tarihsel olarak kısa bir özet geçilecek olursa;

Vergès'e göre, politik savunmalar incelendiğinde iki farklı metoda sahip olduğı gözlemlenmiştir. Biri Uyum Savunması (Dreyfus<sup>4</sup>, Challe); bir diğeri ise Kopuş Savunmasıdır (Sokrates, Dimitrov). İlk zamanlarda uyum savunmasını uygulayan kişiler sistem içerisinde var

4 Dreyfus Olayı; 1894 yılında Yüzbaşı [Alfred Dreyfus](#)'un casuslukla itham edilerek [Fransa](#)'da yargılanması ve sonrasında gelişen olaylar. Émile Zola, L'Aurore, Félix Faure'a dair "J'accuse...", başlıklı açık mektup - 13 Ocak 1898.

olup, hayatlarını kurtarmaktayken kopuş savunmasını uygulayanlar ise “davalarını” kazanırlardı. Değişen ise, kopuş savunmasının uygulayıcılarının artık davalarını kazanırken aynı zamanda kafalarını kurtarabiliyor olmalarıdır<sup>5</sup> .

Uyum Savunması ve Kopuş Savunması olarak ayrılan iki savunma türünde temel farklılıklar vardır. Uyum savunmasında karşılıklı diyaloga dayalı bir düzen karşımıza çıkmaktadır. Düzen içerisinde sanık ve yargılayan taraf arasında iletişim söz konusudur ve iki taraf da sistemin kendisine tanıdığı haklar ve çizdiği görev sınırları içerisinde hareket ederler. Kopuş savunmasında ise yargılama merciinin meşruiyetini sorgulama hali söz konusudur. Diyalog mümkün değildir. Sanık, bu savunma ışığında yargılama sistemini tanımaz, onun yetkisini kabul etmez. Sanık ve yargıyı temsil eden tarafların olgulara, eylemlere yükledikleri anlamlar birbirinden farklıdır. Kopuş savunmasında bir tarafın gözünde terörist olan diğer tarafın gözünde kendi eylemlerinin haklılığını, kitlelerin de desteğiyle öne sürebilir. Yargılanan taraf yargılayan tarafın yetkisizliğini, ideolojik dayatmalarını kendi savunmasının bir silahı olarak kullanabilir. Kopuş savunmasında bulunan taraflar kendilerini savunmaktan ziyade, karşı tarafın meşruiyetini sorgulayarak sarsmaya yönelir ve savunan olmaktan çıkıp ithamda bulunan, saldıran taraf olurlar. Fakat bunun için de toplumsal değerlerin en azından kitlesel vicdanın kopuş savunmasını yapan taraf nezdinde olmasında fayda vardır. Çünkü kopuş savunmasında bulunan taraf mahkemelere karşı dururken gücünü başka meşru ilkelere dayandırmaktadır.

Tabi bu noktada değinilmesi gereken en önemli noktalardan birisi de, son zamanlarda gittikçe etkin ve yaygın bir hal almış olan medyanın ve diğer iletişim araçlarının gittikçe güç kazanıyor olmalarıdır. Kopuş savunmasının, zaruri unsurlarından biri de kitlelere ulaşabiliyor olmasıdır. Medya ve iletişim araçlarındaki kullanımın gelişip, kolaylaşması da, “bilgi”nin hem pratik hem hızlı hem de sansürsüz olmakla birlikte engellenemez olmasını sağlamıştır. Bu duruma bir de politika, hukuk ve felsefe gibi diğer pek çok sosyal bilim dalının tarih boyunca yaşanmış olan olaylarla tecrübe kazanmış olup, birikimlerini arttırmaları, kendile-

5 Vergès Jacques, *De la stratégie judiciaire*, Le Chapitre de Présentation, Les Editions de Minuit, 1968 Collection Documents, réédition, avec une nouvelle préface de l’auteur, 1981 s.5

rini geliştirmeleri ve sürekli bir devinimin içerisinde olmalarından ötürü canlı bir organizma gibi zamanın kendisine uyum sağlayabilme yetkinliğine erişebilmiş olabilmeleri eklenince, Kopuş Savunmasının gelişmesi ve güçlenmesi de bunlarla aynı doğrultuda hız kazanmıştır.

Bu bağlamda davaların, görüldükleri mahkeme salonlarından medya dünyasına ve oradan da kitlelere taşınması Jacques Vergès'in kopuş savunması stratejisinin vazgeçilmez unsurlarından biri olduğu aşikârdır, denilebilir. Kopuş savunması sürecinde, savunma yapılırken mahkemeye ve mahkemede bulunan yargı temsilcilerine değil, ondan da önce kamuoyuna, halkı oluşturan kitlelere seslenilmesi amacı vardır.

Kopuş savunmasının temel özelliklerinden biri de bünyesinde pek çok alışlagelen usule ve içeriğe dayalı normatif kavramları yıkarken, insanları, kabul edilmesinden kaçınılan ya da bir şekilde göz ardı edilmeye zorlanan gerçeklerle yüz yüze getirip; bireyleri, olayların, insan psikolojisinin ve sosyolojik temellerin sorgulamalarına yönlendirmesidir. Bu bakımdan kopuş savunması olarak adlandırdığımız kavram söz konusu olduğunda Jacques Vergès, bu yöntemle aslında “suçu değil, suç işlediği iddia edilen sanığı savunmaktadır.”

## II. Suç Kavramı, Suçun Oluşumu ve Birey İlişkisi

Vergès, suçu işleyen bireye yönelik bakış açısını şu ifadeleri kullanarak anlatmaktadır: *“Hipokrat’ diyordu ki, Ben hastalığı tedavi etmiyorum, hastayı tedavi ediyorum. Biz suçu veya cinayeti savunmuyoruz. Bizim yapmaya çalıştığımız, bizim gibi normal bir insanı suçlu olmaya götüren o yolu aydınlatmaktır. Bizim gibi bir insan suçlu pozisyonuna nasıl düşebiliyor? O süreci aydınlatmaya çalışarak biz ashında toplumun suçu veya cinayeti önlemesine yardımcı oluyoruz.”*<sup>7</sup> Bu sözlerle Vergès'in suçla mücadelenin yolunun suçu ve suçluyu anlamaktan geçtiğini ileri sürdüğünü de söylemek yerinde olacaktır. Toplumun bir parçası olan her birey suçlu konumunda kendisini bulabilir. Bireyi suçlu yapan sürecin nasıl işlediğini anlamak, suçu anlamak suç ile mücadelede kilit rol oynayabilir. Bunun için de suçu işleyeni savunmak bir yöntem olarak kabul edilebilir.

6 Yunan Hekim. d. MÖ. 460 – ö. 370

7 Vergès Jacques, *De Mon Propre Aveu*, Pierre-Guillaume de Roux Editions, broché 14 Février 2013.

Vergès bir röportajında: “(...)Ama suç olmasa bu dünya çok sıkıcı olurdu. Suç işlemek biraz da özgürlüğümüzün simgesidir. Mesela grevin yasak olduğu bazı ülkelerde insanlar grev yapacaklar. Kürtajın yasaksa, bazı kadınlar kürtaj yaptıracaklar. İnsan toplulukları yasakları çiğneyerek değişiyor ve tarih ortaya çıkıyor. Bugünkü yasak yarımının kuralı da olabiliyor(...)”<sup>8</sup>, diyerek aslında suç olgusuna yaklaşımı hakkında bizlere bilgiler vermektedir. Suç, değişken olmakla birlikte suç olarak tanımlanan eylemde bulunan bireyler savunulabilir ve hatta savunulmalıdır da. Suça yaklaşımlar değişir, kabuller yeniden şekillenir, suçu işleyeni savunmak toplumsal süreci olumlu yönde etkilemektedir. Suç, çoğu zaman insanın kendi koyduğu kurallara yine kendisinin uymamasıdır. Suç işleyeni, bu gerçekleri gözeterek, yargılama sisteminin amacını ve hizmet ettiği değerleri sorgulayarak savunmak toplumsal adalete ve hukuk sisteminin işleyişine katkı sağlayabilir.

Vergès’e göre eğer suçla mücadele edilmek isteniyorsa, suç olgusunun ve suç işlemiş olan bireyleri anlaşılması gerekmektedir. Söz konusu suçu işleyen bireyi o suçu işlemekteki motivasyonları, onu o suçu işlemeye yönlendiren etkenler nelerdir? Bu soruya cevaplar aranmalı, üzerinde düşünülmelidir. Suçun ve suç işleyenin dışlanıp, canavar gibi görüldüğü aksi senaryolarda suçu ve suç işleyeni topluma karşı yabancılaştırmak suçla mücadeleye ne kadar hizmet edebilir? Yabancılaştırma, suçların önüne geçmemekte ve belki suç olgusunun tehlikesini daha da arttırmaktadır. İnsanın var olduğu yerde suç da olur. Önemli olan suçu oluşturan nedenleri iyi analiz edip, onun çıkış noktalarını anlamaktır. Bu yaklaşım beraberinde başka soruları da doğuracaktır şüphesiz. Suç olarak kabul edilen eylemlerin ve suçluların nasıl ortaya çıktıklarını anlamak, en azından anlamaya çalışmak ve bazı noktalarda mevcut hukuk sistemlerinin meşruiyetini sorgulamak, suç ve birey arasındaki bağı görünür hale getirebilir. “Suç toplumdan bağımsız mıdır?” sorusuna verilecek cevap aslında suç işleyen bireye karşı yaklaşımları da değiştirecektir.

Suç işleyen insandır ve her insan suç işleyebilir. Suç işleyenin dışlanması aslında insanlığın bir yanının dışlanması ve yabancılaştırılması anlamına gelir. İnsanın suç işleyen bireylere karşı tutumu onun aynı

8 <http://www.toplumsal hukuk.net/jacques-verges-ile-roportaj-nuriyekman-com.html>, (2.08.2018)

zamanda kendi doğasına karşı olan tutumunun bir dışavurumudur. Vergès bu duruma karşı tutumunu şu ifadelerle açıklamaktadır: “*Suç işleyen kişiyi canavar haline getirmek, zekânın inkârı demektir. Anlamayı terk etmektir aslında. Suçun içinde inanılmaz veya korkunç olan şey aslında anlamayı terk etmektir. Çünkü suçu işleyen kişinin inanılmaz ve korkutan yanı bizim gibi insanın olması. Edgar Allen Poe’nun bir hikâyesinde olduğu gibi, suçu işleyen bir hayvan olsaydı, daha az te-dirgin olurduk.*”<sup>9</sup>

Yargılama sisteminin aksaklıklarından biri de suç işlediği iddia edilen bireyi insan olarak değil, sadece sınırlı bir şekilde iddia edilen sıfatlar ve belgeler üzerinden değerlendirmesidir. Bireye karşı takınılan tutum yargılama sürecini etkilemektedir. Bireyi yargılama sürecinde bir bütün olarak kavramaya çalışmak yargılamanın daha adil işletilmesine yardımcı olabilir. Bu görüş yargılamanın objektivitesi ve tarafsızlığı üzerine yapılmış bir eleştiriden ziyade bireyi yargılama süreci içerisinde daha iyi anlamaya çalışmak adına öne sürülen bir düşüncedir.

### III. Suç İşlemiş Bireylerin Savunulması Noktasında Avukatların Konumu

[Slobodan Milošević](#)<sup>10</sup>, [Tark Aziz](#)<sup>11</sup>, [Klaus Barbie](#), [Ilich Ramirez Sanchez](#)<sup>12</sup> gibi isimler başta olmak üzere çeşitli görüşlerden pek çok insanı savunmuş olan Jacques Vergès’i kamuoyuna karşı ahlaksız ve terör sempatzanı olarak hedef göstermek, savunduğu tüm bu insanların gerçekleştirmiş oldukları eylemler ne denli zarara ve yıkıma sebep olmuş olursa olsun, onu anlamaya ne kadar uzak olduğumuzu göstermekte-

- 
- 9 <http://www.toplumsal hukuk.net/jacques-verges-ile-roportaj-nuriyeakman-com.html>, (2.08.2018)
- 10 [Sırbistan](#) (8 Mayıs 1989 - 19 Temmuz 1996) ve eski [Yugoslavya](#) (23 Temmuz 1997 - 5 Ekim 2000) [devlet başkanıdır](#). Hollanda’nın Lahey kentinde kurulan eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi’nde yargılanmıştır. d. 20 Ağustos 1941, ö. 11 Mart 2006
- 11 Eski Irak Dışişleri Bakanı (1983–1991) ve Başbakan Yardımcısı (1979–2003). Irak Ceza Mahkemesi tarafından yargılanan Tark Aziz, siyasi partileri tasfiye etme suçundan dolayı idam cezasına çarptırılmıştır. d. 28 Nisan 1936 – ö. 5 Haziran 2015
- 12 Fransa Paris’te, farklı zamanlarda çeşitli saldırılar düzenlemiştir. Bombalı saldırıları sonucunda sivil ölümleri ve yaralanmalar olmuştur. 1982’de Paris-Toulouse trenine ve 1983’te Marsilya-Paris hızlı trenine bombalı saldırılarda bulunmuştur. Paris’te bir gazete binasına bombalı saldırı gerçekleştirmiştir. 1975’te Paris yakınlarındaki Orly havalimanına roketle iki ayrı saldırı düzenlenmiştir. 21 Aralık 1975’te Viyana’da OPEP binasına yapılan eylemde, Carlos ve işbirlikçileri 11’i petrol bakanı olmak üzere 66 kişiyi rehlin almıştır. d. [12 Ekim 1949](#)

dir. Zira Kopuş Savunmasını etkili bir şekilde amaca ulaşmakta bir araç olarak kullanan Vergès; aslında terörü değil, terör olgusunun bir deyişle edilgen kıldığı motifler haline gelmiş insanları savunmakta ve bizi bizimle yüzleştirmektedir. Suçu işleyen birey suça yönelik oluşan toplumun tepkilerinin hedefi haline gelmektedir. Burada sorulması gereken bir diğer soru da, avukatın bu denkleme kendisini nerede konumlandıracağı olmalıdır. Avukat bu tepkilere yönelik bir bariyer konumuna gelmeli midir? Yoksa avukatın duruşu suçu işleyen bireyden bağımsız düşünülemez mi? Her iki soruya yönelik toplum gözünde olumlu ve olumsuz nitelikte cevaplar da mevcuttur.

Vergès, suç işlemiş olan bir bireyi savunma konusundaki görüşlerini ise; bir röportajında savaş suçlarından yargılanan Alman SS subayı Klaus Barbie'nin<sup>13</sup> avukatlığını yaptığı zamanlara ilişkin olarak kendisine yöneltilen pişmanlık duyup duymadığı üzerine bir soruya ve bu soruyla ilintili olan bir diğer soruya cevap olarak oldukça anlaşılır birkaç sözle şöyle ifade etmektedir: *“Hiç pişmanlık duymadım...”*, *“...canavar gibi gözükkenlerde sonuçta insandır ve bir insan ne kadar zor durumdaysa benim de onu savunma isteğim o ölçüde artar.”*<sup>14</sup>.

O, suç ile suçluyu birbirinden ayırarak inceleyen, analiz eden bir insandır. Kopuş savunmasının işlemesi için de belki de ilk önce bu ayrıma gidebiliyor olmak vardır. Suç ve suçluyu birbirinden ayırırken şu ifadeleri kullanır: *“Suç mutlak bir kavramdır; yapılmış bitmiş bir eylemdir. Suçlu ise belirli koşullar içerisinde hareket eden bir insandır. Bunları birbirinden ayırmak gerek...”*<sup>15</sup>.

Gerçekten de durum böyledir. Suçun, suçu işleyenden ayrı bir düzlemde incelenmesi beraberinde suçu işleyenin suçun nesnesi olduğu görüşünü güçlendirecektir. Birey suçu işler fakat bu suçu belirli koşullar içerisinde hareket eden insanlar işlemektedir ve bu durumda suçun kendisi kadar suçun neden işlendiğine dair sorular da önem kazanmaktadır.

13 Klaus Barbie davası, Rhône Cour d'Assises, Lyon 11 Mayıs 1987 - 4 Temmuz 1987

14 Birgün Gazetesi, Jacques Vergès ile Söyleşi, Zeynep Kuray, 31 Mayıs 2009, <http://www.insanokur.org/savunma-saldiriyor-jacques-verges-kimsiniz-neyi-temsil-ediyorsunuz-nedir-tarihsel-olarak-varlik-nedeniniz/> - 13 Aralık 2016 (3.08.2018)

15 Birgün Gazetesi, Jacques Vergès ile Söyleşi, Zeynep Kuray, 31 Mayıs 2009, <http://www.insanokur.org/savunma-saldiriyor-jacques-verges-kimsiniz-neyi-temsil-ediyorsunuz-nedir-tarihsel-olarak-varlik-nedeniniz/> - 13 Aralık 2016 (3.08.2018)

Barbie'nin avukatlığını yaptığı müddet içerisinde, kendisine karşı suçlayıcı iddialarda bulunanlara karşı Vergès'in verdiği cevap, kopuş savunmasının anlaşılması için son derece faydalı olacaktır: *"Barbie'yi savunmak için, suçlayan tarafa şöyle dedim: "sizin ayıpladığımız şeyleri, siz kendiniz, kolonizasyon altında yaptınız. Peki, o zaman hangi sıfatla siz, onu(Barbie) yargılama hakkını kendinizde bulmaya cüret ediyorsunuz?"*<sup>16</sup>

Vergès, Klaus Barbie'nin avukatlığını yaptığı sırada ona, Barbie'nin bir canavar olmadığını söylemiştir. Aynı zamanda onun masum olmadığını ama canavar da olmadığını söylemiş, Barbie'nin direnen bir ülkedeki işgalci bir subay olduğunu ifade etmiştir. Onun, Cezayir'deki bir Fransız subaydan, Vietnam'daki bir Amerikan subaydan ya da Kâbil'deki bir Rus subayından ne daha iyi ne de daha kötü olduğunu belirtmiştir.<sup>17</sup> İşte bu noktada Klaus Barbie'yi yargılayanların meşruiyeti tartışılabilir hale gelmektedir. Yargılama sistemindeki otoritelerin aynı eylemlerde bulunan bireylere olan yaklaşımları, tutumları da değişiklik gösterebilmektedir.

Barbie, insana dairdir. İnsandır. Canavar değil. Masum olmasa da, canavar değildir. Onu canavar olarak göstermek ne adalet sistemine hizmet eder ne de yapılmış olan eylemlerin gelecekte önüne geçilebilmesine.

*"Terörün Avukatı", "İletişim Provokatörü", "Şeytanın Avukatı", "Mutlak Başkaldıran", "Kimsenin savunmaya cesaret edemeyeceği şeylerin Avukatı"* ve benzeri pek çok sıfatın yakıştırıldığı Jacques Vergès'in anlaşılması için, öncelikle günümüze kadar kabul edilegelmiş olan çoğu yargının yeni baştan anlaşılmaya çalışılması, toplumsal ve ahlaki değerlerin sorgulanması, hukuk felsefesinin, suç felsefesinin ve terörün ahlaki gibi sayısız konunun sorgulanmasının gerekliliği söz konusu olacaktır. Zira Vergès'in savunma şekilleri, dünyayı algılayış hali başlı başına bir başkaldırı, meydan okuma ve protestodur. Çünkü alışılmış olan suçlama, intikam alma ve "adaleti sağlama" niyetlerinden sıyrıla-

16 Mort de Jacques Vergès: portrait d'un avocat controversé, défenseur des causes perdues, L'Espresso L'EXPRESS.fr - 16.08.2013, [http://www.lexpress.fr/actualite/societe/justice/mort-de-jacques-verges-portrait-d-un-avocat-controverse-defenseur-des-causes-perdues\\_1273704.html](http://www.lexpress.fr/actualite/societe/justice/mort-de-jacques-verges-portrait-d-un-avocat-controverse-defenseur-des-causes-perdues_1273704.html), 13 Aralık 2016 (27.07.2018)

17 <https://www.theguardian.com/world/2008/may/15/france.internationalcrime> (4.08.2018)

rak o, suçun suç olarak tanımlanmasına neden olan olguları araştırma, anlama ve suçluyu suç işlemeye yönlendiren unsurları tanıma çabası içerisinde.

Suç işlemeye yönlendiren unsurları anlamak, kendileri hakkında, suç işledikleri yönünde iddialarda bulunulan sanıkların, nasıl sanık olduklarını ve daha da öncesinde nasıl birer suçlu olarak tanımlandıklarını daha iyi anlamak gayesini taşıyan kitleler için muhakkak çok faydalı olacaktır. Ayrıca unutulmamalıdır ki, bu unsurların araştırılması ve anlaşılmaya çalışılması süreci her zaman yapılan eylemi meşrulaştırma çabası uğruna yapılmamaktadır. Bahsi geçen suçun oluşması evresindeki unsurlar analiz edilirken aynı zamanda toplumun sosyolojik, psikolojik vb. yapılarının bir karakter profili de çizilmiş olur.

Savunma eyleminin bir aklama yahut bağışlamadan çok anlama eylemine ve çabasına katkı sağlayacağı düşüncesine Vergès'te rastlanılmaktadır. Savunma eyleminin aşamasında sanıkların fikirleri, inançları, iradeleri ortaya çıkar, aydınlatılır. Adeta bir mercek ile inceleme yapılmaya detaylı ve açık bir şekilde analizlerin de yapılabilmesi bu yolla mümkündür denilebilir.

Jacques Vergès'in savunma olgusuna ve kopuş savunmasına dair bakış açılarından amaca, içeriğe ve usule ilişkin iki tanesi belirlemiştir. Vergès, savunma durumunun basit bir "sanığı aklamak" mücadelesinden sıyrılıp, belki de daha ulvi ve işe yarar bir şey olan sanığı ve onun fikirlerini, suç işlemesinde etken olan olguları irdeleme durumuna dönüştüğünü belirtmektedir.

*"Oturumda, mahkemeye seslenmiyoruz. Mahkemeyi, düşünceye dokunmak için bir ses borusu olarak kullanıyoruz"*<sup>18</sup>, derken Vergès'in aslında bir avukatla olmakla birlikte gizli bir satranç ustası ve stratejist olduğu anlaşılmaktadır. Onun için mahkeme bir araçtır. Amaca ulaşmak için bir araç... Yargılama, her ne kadar fiilen mahkeme salonunda yapılıyor olsa da, asıl amaç onun için yargılamanın da ötesinde bir yere ulaşmaktır. Çünkü yargılama onun için, taraflı ve yüzeysel kalabilmektedir. Onun için asıl olan belki de, toplumun kendisiyle yüzleşmesi, suçu anlaması ve değerlerini sorgulamasıdır.

18 Quotidien d'Oran - La défense pour dénoncer - Paris Muhabiri S. Raouf tarafından gerçekleştirilen röportaj - Jacques Vergès: «procès de rupture», droit international et USA. 16 Şubat 2006



#### **IV. Kopuş Savunması Bünyesinde Mahkemelerdeki ve “Dışarıdaki” Süreç**

Mahkemelerdeki yargılama süreçlerine dair Vergès'e göre yargıçlar ve jüriler birer aşçı gibi düşünülebilir. Onlar işlerini yaparlarken kendilerine bakılmasından hoşlanmamaktadırlar. Bu ifadeleriyle Vergès, aslında mahkemelerinde çoğu yargılama sürecinin kapalı ve toplumdan gizli tutularak yapıldığına değinmektedir. Bunun sebebi belki de kopuş savunması olarak nitelendirilen uygulamanın etkili olmasından çekiniyor olmalarıdır. Çünkü kopuş savunması yargılama usulünü bütün gerçekliğiyle gözler önüne serer, eleştirir ve kitleleri uygulamalardan haberdar eder.

Kopuş savunması yapan avukatın sesinin duyurma amacında olduğu kitle, mahkeme salonunun dışındakilerdir. Bu sebeple özellikle medya organlarına ve tarafsız, özgür basına oldukça büyük sorumluluk yüklenmektedir. Zira bu tarz savunuyu kitlelere aktaracak olan yine medyanın kendisidir.

Vergès'in de ifade ettiği üzere, her yargılama süreci, savunan taraf için bir haber verme, bildirme haline gelmektedir. Suçlanma tahtası üzerindeki taraf değildir artık Vergès ve müvekkili. Onlar artık suçlayan taraftır. Bu bağlamda düşünülecek olursa günümüz toplumlarında suçlayan yargılama merciiine karşı yürütülebilecek en etkili yollardan birisinin de ona karşı saldırı, fakat sakın, bilinçli, planlı ve haklı bir saldırı yapılması olduğu söylenebilir.

Anlaşılabacağı üzere böyle bir tutum içerisinde bulunmayı tercih eden bir insanın, hele ki o insan bir avukat ise, rasyonelitenin insana yüklemiş olduğu farkındalıktan ve olaylar arasındaki nedenselliği irdelemekten uzak, duygularıyla hareket etmeyi gelenek haline getirmiş toplumların tepkisini çekmesi ve karalama politikalarına maruz kalması beklenebilir bir şeydir.

Bu sebeple medya ve basın kuruluşlarıyla birlikte halkın nabzını tutmak, halkı bilinçlendirmek ve duygularını ölçülü olarak şekillendirmek Kopuş Savunmasının başvurduğu yollardan birkaçı olabilir.

#### **V. Vergès ve Suça Yaklaşım**

Bir avukatın sahip olması gereken merak, nedenselcilik ve soğukkanlılık, onun bünyesinde barınmaktadır. Bu özelliklerle birlikte, her

daim vurgulamış olduğu, suçun neden işlendiğine dair gerçekleri öğrenme ve benzer yollardan gitmek isteyen insanları anlayıp, onları durdurabilme amacını daha kolay gerçekleştirebileceğini düşünmektedir. Ona göre suç, toplumun bir parçası olmakla birlikte suçsuz bir toplumun tasavvuru da mümkün değildir. Peki, suç nedir? Nasıl oluşur? Suç tanımını kim yapar?

Bu soruların muhatabı olan bir insanın verdiği cevaplar aslında onun hayata ve insana bakış açısını çok iyi özetleyebilir. Vergès, muhtemelen vereceği cevaplar bakımından incelenecek olursa insanların genel eğiliminin aksine bir yönde tutum sergileyecektir. Bir röportajında: *“Gülmek gibi, suç da insana dair, ona özgü bir şeydir ve suçsuz bir toplum, gülsüz bir gül fidanlığına benzer. Şaşılacak, anlaşılmaz bir şey...”*, der.<sup>19</sup>

Suç, toplumun bir parçasıdır ve suçu bir noktada toplum hazırlar, suçlu işler. Eğer ki, toplum ve suç birbirinde bağımsız iki organizma olarak düşünülüyorsa, toplumu oluşturan kitlelerin mağdurları benimsedikleri gibi failleri de benimseyip, onu anlamaya çalışmalarını gerekmez midir?

Buradan aynı zamanda, suçu işleyen de aslında, kendisine karşı suç işlenen kadar, bir mağdur olduğu, edilgen olduğu görüşü ortaya çıkabilir. Günümüzde ise suç işlediği iddia edilen insanlar hakkında yapılan en yaygın hareketlerden biri onları birer canavar olarak göstermektir. Bu Vergès'e göre işin kolayına kaçmaktır. Suç, ekonomik, sosyolojik, psikolojik vb. etkenlerle şekillenirken birey bu etkiler altında suç işlemeye meyleder. Suç, eğer toplumdan ve insandan bağımsız düşünülmez ise onu anlamak ve onunla mücadele etmek daha kolay olacaktır.

Bu bağlamda, Vergès gibi düşünmeyen ve onu suçluya karşı bir sempati uyandırmak ithamıyla yüz yüze getiren kesimlerin her daim var olacağını da kabul etmek gerekliliği vardır. Fakat burada amaç, suça ve suçluya dair sempatiyi arttırmaktan ziyade onu anlamaktır. Eğer suçu ve suç işleyen sanığı anlarken bir sempati oluşuyor ise bu aslında Vergès'in ne kadar haklı bir görüşe sahip olduğunu da bize göstermez mi?

Avukatın toplum gözünde savunmasını zorlaştıran olgulardan bir diğeri de toplumun sempatisi ya da tersi durumlarda antipatisi ile yüzleş-

19 Vergès Jacques, *De la stratégie judiciaire*, (Édition de Minuit) 1968 Paris, s.17

mektir. Hepimizin içinde suça meyleden suçu aklayan bir taraf vardır. Fakat bu tarafımızı ancak bizim gibi düşünen, bizim kesimimizden olan insanlara karşı göstermekteyiz. Peki, aynı tutumu karşı görüşlere sahip bir bireye karşı sergilememenin nedeni nedir?

Anlaşılabileceği üzere, günümüz toplumsal sistemlerinde pek de alışılabilir bir karakter profili çizen Vergès'in çoğu bakımdan olumlu bir protest kişiliğe sahip olduğu söylenebilir. Savunmalarındaki pratiğe dayalı zorlukların temelinde de bu protest kişiliğin neden olduğu durumlar bulunmaktadır aslında. Savunma üslubu ve yöntemleri herkesin rahatlıkla bürünebileceği ve uygulayabileceği sıradanlıkta değildir.

Konuya dair Karim Benzema<sup>20</sup> ve Bernard Tapie<sup>21</sup> gibi birçok ismin avukatlığını yapmış olan ünlü Fransız avukat Eric Dupont Moretti'nin çeşitli konuşmalarında kullanmış olduğu ifadeler de yer vermekte fayda olacaktır. Dupont Moretti, bir televizyon programında yapmış olduğu konuşmasında bir bireyi savunmasına dair temel kabul ve kriterlerini şu şekilde belirtmektedir: *“Ben, daha önce de söyledim, bir holokost inkârcısını savunabilirdim, ama gaz odalarının var olmadığını savunmamı isteyen bir holokost inkârcısını değil”*. Eric Dupont Moretti'nin bazı açılardan Vergès'le benzerlik gösterdiği söylenebilir. Bu noktada Vergès de bir avukatın inandırıcı ve kendisine karşı dürüst olması gerektiğini savunur. Bir röportajında da: *“Eğer Klaus Barbie benden, Aryan ırkının üstünlüğünü savunmamı isteseydi, hayır derdim. Çünkü kendimden feragat etmiş olurdum.”*<sup>22</sup> demiştir.

Dupont Moretti, aynı zamanda Toulouse saldırılarının<sup>23</sup> sorumlusu Mohammed Merah'in kardeşi Abdelkader Merah'ı da savunmayı kabul etmiş bir avukattır. Abdelkader Merah, kardeşi Mohammed Merah'ın az-

20 Mathieu Valbuena'ya karşı yapılan şantaj davası, Cour d'Appel de Versailles - Cour de Cassation, 4 Kasım 2015 - 11 Temmuz 2017

21 Spor giyim markası Adidas'ın eski patronu, Fransa'da organize örgüt altında yolsuzluk yapmak suçundan dava açılmıştır. Ayrıca Tapie Fransa'nın eski maliye bakanı Lagarde ile yolsuzluk olaylarına karışmıştır. Fransa'nın eski maliye bakanı Lagarde, 2008 yılında Bernard Tapie'ye, bir banka ile anlaşmazlığının çözümü için 403 milyon euro tutarındaki illegal ödemeye onay vermekle suçlanmıştır.

22 <https://www.theguardian.com/world/2008/may/15/france.internationalcrime> (4.08.2018)

23 Cezayir asıllı Muhammed Merah'ın, Toulouse şehrinde gerçekleştirdiği saldırılardır. Saldırıda 7 insan hayatını kaybetmiştir. 3 Fransız askeri ile 3'ü çocuk 4 Yahudi sivil ölmüştür. Toulouse saldırıları, Mart 2012.

mettiricisi olmakla suçlanmıştır. Toplumun her kesiminden gelen tepki ve tehditlere rağmen her şeyden önce bir avukat olarak kendi koşulları içerisinde savunma yapmayı kabul etmiştir. Abdelkader Merah'ın avukatlığını yaptığı zamanlarda Dupont Moretti, kendisinin aşağılandığını ve çocuklarının tehdit edildiğini ifade etmiştir. Kendisine, “vatan haini” vb. çeşitli hakaretlerde bulunulmuştur. Öyle ki dava süreci boyunca halkın kendisine karşı olan tepkilerine pek çok televizyon yayınında da rastlanılmaktadır. Halktan birisinin Dupont Moretti'ye yönelmiş olduğu: “Utanmanız yok mu? Avukatlık bu mu?” sorularına karşı Moretti'nin vermiş olduğu yanıt: “Evet, kesinlikle. Avukatlık budur” olmuştur.<sup>24</sup>

## Sonuç

Avukat, toplumdan gelen tepkiler ve adalet sistemi arasında bir bariyer konumuna da gelebilmektedir. Savunulması kimi zaman oldukça güç hale gelen kişi ya da fikirlerin, avukatları toplum gözünde hedef gösterebilmesi durumu da karşımıza çıkmaktadır. Avukatın mesleki olarak, mağdurların ve mağdur yakınlarının bakış açılarından farklı bir bakış açısına da sahip olabilmesi en azından buna cesaret edebilmesi gerekmektedir. Adalet sisteminde mağdur ve mağdur yakınlarının acıları anlaşılabilir, bu kişilerin adalet sistemlerinden beklentileri acımasız da olabilir. Fakat bir avukat, hâkim ya da savcının bu ve benzeri şekillerdeki tutumları sisteme şüphesiz büyük zarar verecektir. Saldıran savunma tekniğinde avukatların, kendilerini bir noktaya kadar geriye çekebilmeleri ve olguları daha geniş bir bakış açısından görüp, söylenmesi zor olanı söyleyebilmeleri, hukukun objektif kriterlerde işletilmesini sağlayabilmeleri gerekmektedir.

Hukukun işletilmeye başlandığı zamanlardan bu güne dek gelinen süreçte belki de yapılmakta en çok zorlanan şeyler de bunlardır. Hukuk objektif değerlerinin gözetilmesi, söylenmesi zor olanın söylenebilmesi ve sistemin içindeki insanların kendilerini bir noktaya kadar geriye çekebilmeleri...

Kabul etmek gerekir ki mahkemeler geçmişten günümüze bir tiyatro sahnesi, yargılamalar da çoğu zaman birer senaryo olagelmıştır. Na-

24 <https://www.youtube.com/watch?v=HkDRS2JlOhY>, Brut, Images: France 5 C Politique, 05 Kasım 2017. (8.07.2018)

sıl bir tiyatro oyunu eleştiriliyor, alkışlanıyor, aşağılanıyor kimi zaman yapmacık olmakla birlikte kimi zaman da ikiyüzlülüklerimizi bize birer tokat atarcasına çarpıyorsa; İnsana dair her şeyi anlatmaya çalışıyor ya da bizi bize anlatırken hileler yapıyor, manipülatif davranıyorsa, mahkemeler de böyle yapıyorlar ve bu tutumlarından vaz geçmiyorlardır.

Bu sebeplerdir ki Jacques Vergès'i ve kopuş savunmasını anlamak, dünya düzenine ve insanlık tarihine olumlu yönde hizmet edecektir. Zira mahkeme sıfatı yakıştırılan bahsi geçen yerler ne dört duvar arasına sıkıştırılmış tutukluluk ve infaz yerleri olmalıdır, ne de senaryoları hep tek düze ve tahmin edilebilir işletilmelidir. İnsanı anlamak ve olduğu gibi, her şeyiyle anlayabilme cesaretini gösterebilmek de kopuş savunmasının bir unsuru olarak görülmelidir.

Hukuk sistemi, günümüzde halen daha kendi içinde çeşitli konularda korunması gereken belirli koşulları korumakta zorlanmaktadır. Toplum vicdanından dışlanmakta olan insanların yargılanması süreçleri incelendiği takdirde bu durum gözlemlenebilir. Sanıklara, yargılama, tutukluluk süreçleri boyunca insanlık dışı davranılması durumlarına sıkça rastlanılmaktadır. Bunun sebeplerinden en önemlisinin, suç işlediği iddia edilen birey ve suç arasındaki bağın ortadan kaldırılıp; bireyin suç ile doğrudan özdeşleştirilmesi durumunun olduğu söylenebilir. Kopuş savunmasının irdelemek istediği noktalardan biri de bireyin süje olmakla birlikte ve belki de bundan ziyade bir konu haline dönüşebildiğidir. Birey suç ile özdeşleştirildiği takdirde toplumun bütün nefretini üstüne çekebilir, fakat suçun bir unsuru olarak görülürse toplumun tepkilerinde bireye yönelik olumlu yönde değişiklikler olabilir. Kopuş savunması, bireyin suç ile olan ilişkisinde bu duruma da değinmektedir. Suç işlediği iddia edilen ya da suç işleyen bireyin toplum gözündeki yeri değişmedikçe, hukuk sistemlerindeki yozlaşma ve tekdüzeliğin de değişmesi mümkün gözükmemektedir.

Vergès'in yaptığı bu tekdüzeliği irdeleyip, bizlere senaryodaki aksaklıkları fark ettirip, onu anlatmaya çalışmaktır. Asıl yargılamayı, mevcut vahşi ve ikiyüzlü olan sistemin menfaatlerini korumak için çabalayan mahkemelerdeki yargıçlar değil insanın kendi doğası yapmalıdır. Böylece daha ileriye gidilebilir.

Ancak insana ve sadece insana, hep insana dair fakat aynı zamanda yine insana karşı, insana inat yine de insanla uyum içerisinde, olabildi-

ğince yapıcı bir sorgulamadır kopuş savunması. Meşruiyeti aramak ve sorgulamaktır. Sorulması gerekenleri sorabilme cesaretini gösterebilme, var olanı bütün çıplaklığıyla gözler önüne serebilmektir.

Var olan bir gerçek vardır ki, o da suçu işleyen sadece bir insan olduğu. İnsan, kim olursa olsun adil yargılanmayı hak eder. Toplum her zaman, Vergès'e göre canavar etiketi yapıştırmakta hızlıdır. Ama ona göre canavarlar yoktur; salt sarsılmaz kötülüğün olmadığı gibi. Vergès'in savunduğu kişiler de insandır, onların da *iki gözü, iki eli, cinsiyetleri ve duyguları* vardır. Onları bu kadar uğursuz yapan da budur.<sup>25</sup>

Şahsım adına, bu yazıyı şu sorularla bitirmenin faydalı olacağını düşünmekteyim:

Suç işlediği iddia edilen sanık ne kadar suçludur? Suçları canavar olarak göstermek, onları yabancılaştırmak adalet sistemine ne kadar hizmet eder? Bizler, onları yargılayacak kadar masum muyuz?

---

25 <http://www.spiegel.de/international/world/interview-with-notorious-lawyer-jacques-verges-the-is-no-such-thing-as-absolute-evil-a-591943.html>, (5.08.2018)

**Kaynakça**

- Eric Dupont Moretti répond aux questions de Nicolas Demorand – France Inter 3 Novembre 2017
- Kuray Zeynep, Birgün Gazetesi, *Jacques Vergès ile Söyleşi*, 31 Mayıs 2009
- Mort de Jacques Vergès: portrait d'un avocat controversé, défenseur des causes perdues - L'EXPRESS.fr - 16 Ağustos 2013
- Plaidoirie de Maître Jacques Vergès (Barbie Duruşması, Jacques Vergès Savunması), Procès Barbie, Lyon 1987
- Raouf S. Quotidien d'Oran - La défense pour dénoncer – Paris Muhabiri 9. S. Raouf tarafından gerçekleştirilen röportaj- Jacques Vergès: «procès de rupture», droit international et USA. 16 Şubat 2006
- Schroeder Barbet, L'avocat de la Terreur, – 2007
- Vergès Jacques - Savunma Saldırıyor, Metis Yayınları - 1. Basım: Nisan 1988, 5. Basım: Kasım 2014
- Vergès Jacques, Beauté du crime - Édition: PLON (1 Septembre 1988)
- Vergès Jacques, De la stratégie judiciaire (Édition de Minuit), 1981
- Vergès Jacques, De mon propre aveu Editeur : Pierre-Guillaume de Roux Editions, broché 14 Février 2013.
- Zola Émile, L'Aurore, Félix Faure'a dair "J'accuse..." «İtham ediyorum!» başlıklı açık mektup - 13 Ocak 1898.Dreyfus Olayı; 1894 yılında Yüzbaşı Alfred Dreyfus'un casuslukla itham edilerek Fransa'da yargılanması ve sonrasında gelişen olaylar.
- <http://www.toplumsal hukuk.net/jacques-verges-ile-roportaj-nuriyeakman-com.html>
- <https://www.theguardian.com/world/2008/may/15/france.internationalcrime>





---

## ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇUNDA ÇOCUK VE CİNSEL İSTİSMAR KAVRAMLARI

---

Senem Renk Gürgen\*

---

### ÖZET

Çocuk istismarı ana çatısının içerisinde yer alan çalışma konumuz çocuk cinsel istismarıdır. Çocukların cinsel istismarı suçundaki temel kavramların açıklığa kavuşturulması önemlidir. Çocukların cinsel istismarı suçundaki kavramların öneminden bahisle öncelikle çocuk cinsel istismarının temel unsuru, eylemin önşartı olan çocuk kavramı ele alınmıştır. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu, daha erken yaşta ergin olsa bile 18 yaşını doldurmamış kişiyi çocuk olarak tanımlamıştır. Çocuk kavramı ile birlikte cinsel istismar olgusu ve kanundaki “her türlü cinsel davranış” ibaresi açıklanmaya çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Çocukların Cinsel İstismarı, Çocuk Kavramı, İstismar Kavramı, Cinsel İstismar Kavramı, Her Türlü Cinsel Davranış

---

\* Stajyer Avukat, İstanbul Barosu.

## THE TERMS OF CHILD AND SEXUAL ABUSE IN THE CRIME OF SEXUAL ABUSE OF CHILDREN

### ABSTRACT

The subject of the article is sexual abuse of a child as a subset of child abuse. It is important that the basic terms of sexual abuse of a child are clarified. For this reason the term of child has been discussed. According to Child Protection Law No. 5395 a child means every human being below the age of eighteen years unless under the law applicable to the child, majority is attained earlier. The term of child sexual abuse has been tried to be explained along with the concept of child.

**Keywords:** Sexual Abuse of Children, Term of Child, Term of Abuse, Term of Sexual Abuse, Any Sexual Behavior

### GİRİŞ

Türkiye, tüm dünyada çocuklar bakımından referans metin olarak kabul edilen, 2 Eylül 1990'da yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'ni 14 Eylül 1990'da imzalamış, 9 Aralık 1994'te üç maddesi üzerinde çekince kaydında bulunarak 1995'te sözleşmeyi onaylamıştır.

Sözleşme'nin 1. maddesine göre, 18 yaşın altındaki her insan çocuk sayılır. Çocuğun öncelikli haklarını gözeterek hazırlanan sözleşme; çocuğa düşünce, din ve ifade özgürlüklerini tanımış<sup>1</sup> ve çocuğun her türlü fizik ve manevi şiddete karşı sosyal ve ekonomik olarak korunmasını ve güvenliğini sağlamaya yönelik önlemleri öngörmüştür. Elli dört maddeden oluşan bu sözleşmeyi onaylayan her devlet, gerekli yasaları hazırlamak ya da yürürlüktekilerde değişiklik yapma yükümlülüğü altına girer. Sözleşme'nin 34. maddesine göre; taraf devletler, çocuğu, her türlü cinsel sömürüye ve cinsel suistimale karşı koruma güvencesi verirler.<sup>2</sup> Sözleşmenin 43. maddesi, taraf devletlerin yükümlülüklerini yerine getirme yönündeki ilerlemeleri incelemek ve denetlemek amacıyla bir "*Çocuk Hakları Komitesi*" kurulmasını öngörmüştür. Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi ise 1 Temmuz

1 BM Çocuk Hakları Sözleşmesi md. 13-14.

2 Sözleşme metni için bkz. [www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/137-160.pdf](http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/137-160.pdf)

2000 tarihinde yürürlüğe girmiş, Türkiye Sözleşme'yi 18 Ocak 2001'de onaylamıştır.

Türkiye'de çocuk haklarının anayasal dayanağı, Anayasamızın 41. ve 61. maddeleridir. 2010 Anayasa değişikliği ile Anayasa'da çocuklara yönelik bir iyileştirme yapılmıştır. "Ailenin korunması" başlığı, "Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları" şeklinde değiştirilmiştir. (m. 41) Bu maddeye şu fıkralar eklenmiştir:

*"Her çocuk korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça ve aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.*

*Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocuklara karşı koruyucu tedbirleri alır."*

Böylece, çocukların istismarı anayasal güvenceye kavuşturulmuş, çocuk haklarını pekiştirici bir anayasal düzenleme yapılmıştır.<sup>3</sup>

Dünya Sağlık Örgütü tanımına göre çocuk istismarı, genel anlamda bir yetişkin, toplum ya da devlet tarafından bilerek ya da bilme-yerek yapılan ve çocuğun sağlığını, fiziksel ve psiko-sosyal gelişimini olumsuz etkileyen tüm davranışlardır.<sup>4</sup> Çocuğun istismarı çok geniş bir kavramdır. Çocuk istismarı, fiziksel istismar, duygusal istismar, cinsel istismar ve ihmal gibi çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir. Bu makalede çocuğun çekirdek haklarından biri olan, çocuk haklarının dokunul-mayacak eşiği olarak kabul edilen istismar etme yaşağından bahisle çocukların cinsel istismarı konusu kavramsal olarak ele alınacaktır.

## I. GENEL OLARAK

Çocukların cinsel istismarı suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) ikinci kitabının 'Kişilere Karşı Suçlar' kısmında, 'Cinsel Dokunul-mazlığa Karşı Suçlar' bölümünde 103. maddede düzenlenmiştir.

### ***Çocukların cinsel istismarı***

#### ***Madde 103- (Değişik: 18/6/2014-6545/59 md.)***

3 Kaboğlu İbrahim, Çocuklar ve Anayasa, Tekin Yayıncılık, Nisan 2018, sh.54

4 Bostancı Bozbayındır Gülşah, Çocukların Cinsel İstismarı, Özel Ceza Hukuku, c.II., Kişilere Karşı Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, sh.494

“(1) (Yeniden düzenlenen birinci ve ikinci cümle: 24/11/2016-6763/13 md.) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (Ek cümle: 24/11/2016-6763/13 md.) Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza, istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamaz. Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır. Cinsel istismar deyiminden;

a) On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış,

b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, anlaşılır.

(2) (Yeniden düzenleme: 24/11/2016-6763/13 md.) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza on sekiz yıldan az olamaz.

(3) Suçun;

a) Birden fazla kişi tarafından birlikte,

b) İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

c) Üçüncü derece dâhil kan veya kayın bısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen tarafından,

d) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından,

e) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(4) Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehditle ya da (b) bendindeki çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(5) Cinsel istismar için başvuru alan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

(6) Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolünür.”

## II. KAVRAMLAR

Çocuk cinsel istismarında kavramlar çok önemlidir. Bu bağlamda çocuk kavramı ve istismar kavramının açıklığa kavuşturulması, cinsel davranışa yüklenen anlamın tespiti önem arz eder.

### 1. Çocuk Tanımı

Türk hukukunda çocuk on sekiz yaşından küçük kişi olarak kabul edilmektedir.<sup>5</sup> Türkiye'nin taraf olduğu Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesine göre; çocuk “sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılmaktadır.” İslam hukukunda da çocuk tanımı en kapsamlı şekilde “çocuk, yaş küçüklüğünden dolayı henüz mükellef olmayan ve her çeşit muameleyi yapmaya yetkili bulunmayan insandır.” olarak verilmektedir.<sup>6</sup>

5237 sayılı TCK, çocuk kavramını 6. maddenin 1. fıkrasının b bendinde; “Çocuk deyiminden; henüz on sekiz yaşını doldurmayan kişi anlaşılır” şeklinde ifade etmiştir. Çocukla ilgili bir başka düzenleme de 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun (ÇKK) ‘Tanımlar’ başlıklı 3. maddesinin a bendinde düzenlemiştir. Buna göre “Çocuk: daha erken yaşta ergin olsa bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişiyi; bu kapsamda, 1. Korunma ihtiyacı olan çocuk: Bedensel, zihinsel ahlaki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal ve istismar

5 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu md.6/1-b

6 Çeker Orhan, İslam Hukukunda Çocuk, Kayıhan Yayınları, İstanbul, 1990, sh.30.

*edilen ya da suç mağduru çocuğu; 2. Suça sürüklenen çocuk: Kanunlarda suç olarak tanımlanan bir fiili işlediği iddiası ile hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan ya da işlediği fiilden dolayı hakkında güvenlik tedbirine karar verilen çocuğu ifade eder.”*

Çocuk kavramı içerisinde mağdur çocuk, ancak çocuğun mağdur olarak kabul edildiği suç tiplerinde ya suçun nitelikli halini oluşturması bakımından ya da mahsus suç olarak düzenlendiği hallerde karşımıza çıkmaktadır.<sup>7</sup>

TCK 103. maddede mağdur iki grupta ele alınmaktadır. Bu gruplardan ilki 15 yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklardır. Kanun koyucu, bu yaş grubunda olan ya da bu durumda olan çocukların rızalarını hukuka uygunluk nedeni saymayarak, cinsel özgürlükleri üzerinde tasarruf edemeyeceklerini kabul etmiştir. Bu yaş grubundaki çocukların psikolojik ve fiziki olgunluklarının oluşmadığı gerekçesiyle rızalarına hukuki değer tanınmamakta ve cinsel özgürlük bakımından rıza göstermeye ehil olmadıkları kabul edilmektedir.<sup>8</sup> Bu nedenlerle Kanun, 15 yaşına kadar olan mağdur çocukların, işlenen fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmemiş olduğunu aksi iddia edilemez bir biçimde kabul etmektedir.

15 yaşını tamamlamakla birlikte ‘*fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlama yeteneği gelişmemiş*’ çocuklar da bu gruba dahil edilmiştir. Ancak Kanun’da yer alan, çocuğun fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrayamayacak durumda olması koşulundan ne anlaşılması gerektiği tartışmalara neden olmaktadır.<sup>9</sup> Doktrinde fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlama yeteneği gelişmemiş olmaktan anlaşılması gerekenin manevi unsurun adeta ön şartı olan isnat yeteneği olduğu belirtilmektedir.<sup>10</sup>

7 Memiş Kartal Pınar, Türk Ceza Hukuku’nda Çocukların Cinsel İstismarı, Der Yayınları, İstanbul, 2014, sh.10.

8 Taner Fahri Gökçen, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013, sh.270.

9 Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan /Önok R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınevi, İstanbul 2010, sh.333; Ünver Yener, Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlak Karşı Suçlar, in: Türk Ceza Kanunu 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sonuçlar Sempozyum Kitabı, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, s.10, İstanbul, 2008 sh.315; Centel Nur, “Yeni Türk Ceza Yasası ve Kadın” in: Polis Dergisi, Sayı: 44, Temmuz 2005, sh.10.

10 Taner, sh.270.

Maddede yer alan bir diğer grup ise 15 yaşını tamamlamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocuklardır. Bu çocuklara karşı işlenen cinsel davranışlar, cebir, tehdit, hile, veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmiş ise cinsel istismar suçu oluşacaktır. 15-18 yaş aralığındaki çocuklarla gerçekleştirilen cinsel davranışlar, çocuğun rızası var ise cinsel istismar suçunu oluşturmayacaktır. Bu durumda rıza hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilecektir. Cinsel ilişki boyutuna varan fiiller bakımından ise şikayet olması halinde TCK 104. madde kapsamında reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşacaktır.<sup>11</sup>

Çocukluk hali bakımından tartışmalı olan husus on beş ila on sekiz yaş aralığında olan çocukların durumudur. Burada cinsel istismar bakımından evlilikle reşit olmuş çocukların durumu ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrayamayacak olan çocuk kavramı özellik arz etmekte ve bunların açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrayamamadan anlaşılması gerekenin sorgulanması suçun niteliğini tespit bakımından önemlidir. Aksi halde suç tipi değişecek ve eylem TCK m. 104'te yer alan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturabilecektir.

Dünya Sağlık Örgütü'nün cinsel suç mağduru çocuklar bakımından yaptığı araştırmada çocukların reşit olmadan ve iradesi ifsat edilmeksizin cinsel ilişkiye rıza yaşının 14 ila 18 olarak değiştiğini tespit etmiş olduğu belirtilmektedir.<sup>12</sup> Bu çerçevede çocuk tanımı on sekiz yaşından küçük olan birey olarak kabul edilmekte, fakat çocuğun cinsel ilişkiye girme hususundaki rızasının kabul edileceği yaşın ülkeden ülkeye değişen bir kavram olduğu ifade edilmektedir. Tüm dünyanın çocuklar bakımından referans metin olarak kabul ettiği BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde çocuk tanımı "Kendisine uygulanan hukuk ile başka şekillerde reşit olmamış on sekiz yaşından küçük birey" olarak kabul edilmiştir.

Fransız hukukunda da mağdur çocuk bakımından sıfır-on beş yaş ve on beş- on sekiz yaş ayrımı kabul edilmektedir. Çocuklara özel bir

11 Bostancı Bozbayındır, sh.507.

12 Montes de Oca Marcela / Ydraut Catherine/ Markowitz Anne, Les Abus Sexuels A l'Egard Des Enfants, Centre Technique National d'Etudes de Recherches Sur les Handicapes et les Inadaptations, Paris, Yayınlanmamış Araştırma, sh.15.

koruma getirilmiş ve on beş yaşını doldurmamış küçükler bakımından cinsel olgunluk yaşına ulaşmadıkları için rızaları kabul edilmemiştir. Buna gerekçe olarak da, on beş yaşından küçüklerin fiziki olarak savunmasız olmaları ve psikolojik olarak da bir yetişkinin baskısına karşı çıkabilecek muhakemeden ve güçten yoksun olmaları sebebiyle korunmaya muhtaç oldukları belirtilmiştir. Buradaki ayırım Türk hukukunda olduğu gibi çocuğun rızasının kabul edilebileceği yaşı ortaya koyabilmek için yapılmıştır.<sup>13</sup>

Çocuk kavramı, çocukluk durumunun tespitinde yaşanan evlilikle reşit olmuş çocuk, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayacak durumda olan çocuk ve çocuğun yaşının tespiti sorunları bakımından önem arz etmektedir.

#### **a. Evlilik ile Reşit Olmuş Çocukların Durumu**

Türk Medeni Kanunu'nun 11. maddesine göre “*Ergenlik on sekiz yaşın doldurulmasıyla başlar. Evlenme kişiyi ergin kılar*”. Yine aynı Kanun'un 12. maddesinde “*Onbeş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilir*” denmektedir. Evlilik ya da Türk Medeni Kanunu'nda belirtilen başka bir sebeple reşit olmuş fakat on sekiz yaşını doldurmamış çocuğun durumu mağduriyet bakımından tartışılmıştır. Burada özellikle evlilikle reşit olmuş çocuk yönünden öne çıkan iki sorun vardır. Bunlardan ilki evlilik birliği içerisinde eş tarafından gerçekleştirilen cinsel istismar fiilinin nitelendirilmesi ve uygulanacak hüküm; ikincisi üçüncü bir kişi tarafından gerçekleştirilen eylemde uygulanacak hükümdür.<sup>14</sup>

Mahkeme kararı ile reşit olmuş küçük bakımından her ne kadar reşit kılınmış olsa da gerek TCK md. 6, gerek ÇKK md.3 göre on sekiz yaşından küçük olması sebebiyle eylem cinsel istismar olarak nitelendirilecektir.

Asıl tartışılan husus ise evlilik birliği içerisinde meydana gelen cinsel istismar eyleminde mağdurun hangi hükümlerle korunacağıdır. Bir yandan cinsel saldırıyı öngören TCK m. 102 çerçevesinde eşler arasında

13 Memiş Kartal, sh.1.

14 Taner, sh.162.; Özbek Veli Özer/Kanbur Nihat/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, Özel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010 sh.333.



meydana gelen cinsel saldırı hüküm altına alınmışken, bir diğer yandan evlilik ile reşit olan küçüğün hukuki statüsündeki bu değişimin meydana gelen suçun tasnifi bakımından etki yaratıp yaratmayacağı sorunu önemlidir.

On beş yaşını doldurmuş küçüğün evlilikle reşit olduğu halde evlilik birliği içerisinde eşi tarafından cinsel istismara uğraması durumunda hangi hükmün uygulanacağı doktrinde tartışılmaktadır. Bir görüşe göre, ceza hukuku bakımından kişinin ergin kılınmasının bir önemi bulunmamaktadır, eylem bakımından çocuğun yaşı önem arz eder. Zira çocuğun tanımı TCK m. 6'da öngörülmüştür ve evlilikle gelen erginlik durumunun TCK m. 103 bakımından bir önemi bulunmamaktadır. Doktrinde bir başka görüş, kanun koyucunun evlilik içerisinde gerçekleşen cinsel istismarı düzenlerken korumak istediği hukuki menfaatlardan birinin aile birliği olduğunu belirtmiş ve bu durumda 102/2. maddesinin uygulanması gerektiğini ifade etmiştir.<sup>15</sup>

Evlilikle reşit olmuş on sekiz yaşından küçük çocuğa yönelik üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilen cinsel istismarda ise uygulanacak hüküm tartışmasız TCK m. 103 olacaktır. Üçüncü kişi ile birlikte eş tarafından küçük eşe karşı gerçekleştirilen cinsel istismarda ise kabule göre ya her ikisinin eylemi cinsel istismar teşkil edecek ya da eş bakımından TCK m. 102/2, üçüncü kişi bakımından TCK m.103 uygulanacaktır. Ancak burada da görüldüğü üzere iştirak bakımından bir sorun ortaya çıkmaktadır. Örneğin on sekiz yaşından küçük eşine arkadaşı ile birlikte tecavüz eden koca, eş olması sebebiyle hakkında TCK m. 102/2 uygulanacak olursa eylemin ağırlığı ve niteliği ne olursa olsun bundan yararlanmış olacaktır.

### **b. Fiilin Hukuki Anlam ve Sonuçlarını Kavrayamayacak Durumda Olan Çocuk**

Fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrayamayacak olması halinin içeriği yine doktrinde tartışmalara neden olmaktadır.<sup>16</sup> Fiilin hukuki an-

15 Yalçın Sancar Türkan, "Türk Ceza Kanunu Tasarısının (2000) Bazı Hükümleri Hakkında Görüşler", in: AÜHFD, C:51, S:3,Y:2002, sh.8; Horozgil Denizhan, "Çocukların Cinsel İstismarının Basit Şekli," in TBB Dergisi 2011 (93), sh.116 (sh.108-146);Taner, sh.161.

16 Tezcan/Erdem/Önok,,sh.333; Ünver,, sh.315; Centel; sh.10.

lam ve sonuçlarını kavrayamayacak durumda olan çocuk, cinsel istismar suçu bakımından önşarttır.<sup>17</sup> Kanun koyucu cinsel davranışın anlamını ve yaratacağı sonuçları tasavvur edemeyecek durumda bulunan fiziksel ve psikolojik olarak belli bir olgunluğa ulaşmamış çocukların cinsel ilişkiye rızalarını geçerli kabul etmemiştir. Cinsel ilişkiye rıza için aranan yaş aralığı on beş on sekizdir. Ancak bu yaş aralığında olup da fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrayamayacak durumda olan çocuk, on beş yaşından küçük çocuk gibi değerlendirilecek ve rızası kabul edilmeyerek eylem basit istismar suçunu oluşturacaktır. Burada fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrama ibaresinden isnat yeteneğinin anlaşılması gerekir. Zira çocuğun bu hareketin toplumsal olarak yaratacağı etkiyi anlama ve sosyal değerini kavrayabilme yeteneğinin olduğu kabul edilmektedir.

### c. Yaş Tespiti Sorunu

Cinsel istismar suçunda mağdurun yaşının tespiti suçun niteliğinin tespiti bakımından önem arz eder. Yaşın değerlendirilmesinde, mağdurun dışarıya yansıyan görünümü, nüfus kaydı gibi unsurlar bir kanaat oluştursa da maddi gerçeğin ortaya çıkartılması bakımından Yargıtay bu hususun mutlak surette bilimsel verilerle desteklenmesi gerektiğini düşünmektedir.<sup>18</sup>

Mahkeme içtihatları incelendiğinde yaş tespitinin belirli ihtisas alanlarında uzmanlaşmış hekimler heyetinden oluşan bir kurul tarafından yapıldığı görülmektedir. Mahkemeler yaş tespiti konusunda kurulda mutlaka bir radyoloji uzmanı olması gerektiğini ifade ederek, kurulda bu ihtisas alanlarında bir hekim bulunmadığı takdirde yeniden inceleme talep etmektedirler.<sup>19</sup> Bunun sebebi ise mağdurun gerçek yaşının tespiti için gerekli kemik ölçümlerinin ancak radyoloji bilimi tarafından gerçekleştirilecek olmasıdır.

17 Alacakaptan Uğur, Suçun Unsurları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 263, Ankara 1970 sh.6.

18 Yargıtay 5.CD'nin 03/04/2006 tarih ve 2006/3565 E., 2006/2812 K. sayılı Kararı; Yargıtay 5. CD'nin 10.07.2006 tarih ve 2006/6738 E., 2006/6514 K. sayılı Kararı.

19 Yargıtay 5 CD'nin 28.10.2008 tarih ve 2008/11080 E., 2008/8970 K. sayılı Kararı.

## 2. Cinsel İstismar Tanımı

### a. Genel Olarak

İstismar kavramı sözlük tanımıyla, kötüye kullanma, yararlanma, sömürme anlamına gelmektedir.<sup>20</sup> İstismar kötü davranış biçimlerini kapsayan geniş bir kavramdır.

Dünya Sağlık Örgütü ise çocuğun istismarını, “*sorumluluk, güven ve yetenek ile ilgili genel durumunda çocuğun sağlığına, gelişimine ve değerine zarar verebilen, fiziksel ve/veya duygusal kötü davranışı, ihmali, her türlü ticari çıkar için çocuğun kullanılmasını içeren davranışlardır.*” şeklinde tanımlamıştır. Bu tanım her türlü çocuk istismarını içeren çok geniş bir tanımdır.<sup>21</sup>

Türk Tabipler Birliği'ne göre de “*Çocuk ve erişkin arasındaki temas ve ilişki, o erişkinin veya başka birinin seksüel stimülasyonu (uyarımı) için kullanılmışsa, çocuğun cinsel istismara uğradığı kabul edilir. Cinsel istismar bir çocuğun bir başka çocuk üstünde belirgin bir gücü veya kontrolü söz konusuysa ya da bariz bir yaş farkı varsa da gerçekleşebilir. Bu tanımlana özellikle erişkinler tarafından çocuklar üzerinde oluşturulabilecek her türlü cinsel istismarı kapsamaktadır.*”<sup>22</sup>

Çocuğun bir yetişkin tarafından; cinsel uyarı ve doyum için kullanılması, fuhuşa zorlanması, pornografi gibi suçlarda cinsel obje olarak kullanılması cinsel istismardır. Genital bölgeye dokunma, teşhircilik, pornografi, ırza geçmeye kadar çok geniş yelpazedeki tüm davranışları kapsamaktadır. Cinsel istismarın mutlaka şiddet içermesi gerekmez, çocuğun rızasının olup olmadığına bakılmaz.<sup>23</sup>

Bir başka tanım da 1983 yılında kurulan Cinsel Tacize Uğramış Çocuklar Komitesi tarafından şu şekilde yapılmıştır: “*Herhangi bir cinsel ilişki teklifini kabul etme yaşının altında olan bir çocuk, yetişkin bir kişinin cinsel doyumuna yol açacak bir davranışla karşılaştığında ya da bu duruma göz yumduğunda cinsel tacize uğramış sayılır.*”<sup>24</sup>

20 Memiş Kartal, sh.13.

21 Memiş Kartal, sh.14.

22 Kazan Osman Azad, Newspdr Çocuk Cinsel İstismarını Önleme Kılavuzu,2017, sh.1.

23 Owayolu Nimet/ Uçan Özlem/ Serindağ Selver, Çocuklarda Cinsel İstismar ve Etkileri, in Fırat Sağlık Hizmetleri Dergisi, Cilt:2 Sayı:4, 2007, sh.13-22.

24 Akbaş Turan /Sanberk İsmail, Çocuklara Yönelik Cinsel Taciz ve Koruyucu Eğitim, Karahan, 2011, sh. 2.

Çocuklarla ilgili derneklerin çocukların cinsel istismarı için verdikleri tanıma göre “*herkim ve aralarındaki ilişkinin niteliği ne olursa olsun cebir tehdit ve zorlama olsun olmasın, bir küçüğün kendisinden yaşça büyük bir kimse tarafından kendi zevki için çocuğun vücudunu kullanmasıdır.*”<sup>25</sup>

Tüm bu tanımlardan yola çıkarak belirtmek gerekir ki, cinsel istismar kavramının daha dar bir şekilde ele alınması gerekmektedir. Aksi halde kötü muamele teşkil edebilecek pek çok eylem cinsel istismar kavramında değerlendirilebilecektir ve bu durum ise cinsel istismarı diğer istismar biçimlerinden ayırmada zorluk yaratabilecektir. Cinsel istismarın bir istismar türü olduğu unutulmamalıdır.

Bir görüşe göre, cinsel istismardan anlaşılması gereken, teşhircilik, müstehcenlik, çocuk çıplak bedenini izlemek, fotoğraf çekmek, cinsel organlarını ellemek, cinsel ilişkiye girmektir. Bu görüşü savunanlar cinsel istismar kavramını oldukça geniş bir şekilde ele almıştır. Cinsel istismarın daha dar ele alınması gerektiği ve sadece cinsel ilişki olarak anlaşılması gerektiğini savunan görüşler de mevcuttur.<sup>26</sup>

Çocuk cinsel istismarından ne anlaşılması gerektiği her ne kadar tanım verilmeksizin TCK'nın 103. maddesinin 1. fıkrasının a ve b bentlerinde ifade edilmiş olsa da kavramsal olarak tartışılması gereken hususlar mevcuttur. Zira kanun koyucunun madde metninde kullanmış olduğu “*her türlü cinsel davranış*” ibaresinden ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Bu ifade oldukça belirsiz ve genişletilmeye elverişli bir kavramdır. Tartışılması gereken bir başka konu ise cinsel taciz niteliğindeki fiilin çocuklara gerçekleştirilmesi durumunda eylemin ne şekilde nitelendirileceğidir. Cinsel taciz niteliğindeki eylemin TCK m. 103'te belirtilen her türlü cinsel davranış ifadesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin tartışılması gerekir. Her türlü cinsel davranış oldukça geniş ve cinsel saik içeren temaslı, temassız bütün cinsel davranışları içeren bir ifadedir. Burada ifade edilen cinsel istismardan cinsel tacizin de anlaşılması gerektiğini savunan bir görüşe göre; cinsel saldırıyı düzenleyen TCK m. 102'de “cinsel davranışlarla vücut bütünlüğünün ihlali” ile TCK m. 103'te belirtilen “tüm cinsel davranışlar ifadele-

25 Memiş Kartal, sh.161-166.

26 Akbaş Turan /Sanberk İsmail, sh. 2.

rindeki farklılığın sebebi” cinsel saldırıda belirtilen cinsel davranışların cinsel istismarda belirtilenden farkını ortaya koymak ve cinsel tacizin de ancak reşit olanlara karşı işlenebileceğini, çocuk olanlara karşı ise tüm cinsel davranışlar ifadesi ile cinsel tacizin de bunun içinde yer alacağını belirtmek içindir.<sup>27</sup>

Her türlü cinsel davranış ibaresinin daha net anlaşılması için ise cinsel davranış kavramı ele alınmalıdır.

### **b. Cinsel Davranış**

Cinsel davranış, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda maddi unsurun hareket kısmını ifade eder. Cinsel davranışın açıklanabilmesi için cinsel saldırı ile cinsel istismarı birlikte ele almak gerekir. Cinsel saldırıyı öngören TCK m.102’de fiilin basit hali için belirtilen cinsel davranış vücut dokunulmazlığını ihlal edecek nitelikteki cinsel hareketler olarak tanımlanmışken; TCK m.103’te “her türlü cinsel davranış” ifadesi kullanılmıştır. Cinsel saldırının gerçekleşebilmesi için kanun, vücut dokunulmazlığının ihlalini aramaktadır. Vücut dokunulmazlığının ihlali için de fail tarafından meydana getirilen hareketlerin vücuda teması gerekecektir. Ancak cinsel istismarda cinsel saldırıdan farklı olarak vücut dokunulmazlığının ihlali cinsel davranışın sınırını oluşturmamaktadır. TCK m. 103’ün gerek hükmünde gerekse hükmün gerekçesinde vücut temasının arandığına ilişkin bir ifade yer almamaktadır. Bu nedenle kanun koyucu TCK m. 103 ile çocuklara yönelik temassız ya da temassız cinsel nitelik taşıyan tüm hareketleri cinsel istismar kavramı içerisinde değerlendirmiştir.

Cinsel bir davranışı bir kişinin cinsel bütünlüğünü bozacak, cinsel özgürlüğünü, cinsel dokunulmazlığını ihlal edecek nitelikte ve dışarıdan bakıldığında cinsellikle alakalı olarak değerlendirilebilecek davranışlar olarak algılamak gerekmektedir. Her türlü cinsel davranış ifadesinin bu kadar geniş kapsamlı kabul edilmesi belirsizliğe, failin davranışını nitelendirirken adaletsiz ve haksız sonuçlara da sebebiyet verebilecektir. Bunun için de failin hareketi olaydan olaya farklı değerlendirilmelidir. Bu noktada eylemin yapıldığı yerin ve zamanın dahi eylemdeki amacın ortaya çıkarılması bakımından önemi vardır. Aksi halde hatalı sonuçlara

<sup>27</sup> Memiş Kartal, sh.15.

sebebiyet verilebilecek, bazı suçların cezasız, bazı masumların da suçlu olarak nitelendirilip damgalanmasına sebebiyet verilebilecektir.

Cinsel davranışın açıklanması doktrinde Taner tarafından yapılmış olan sübjektif teori ve objektif teori bağlamında dikkate alınmalıdır.<sup>28</sup> Objektif görüş, cinsel davranışı tıp, sosyoloji, antropoloji ve hukuk verileri içerisinde değerlendirmek ve yargıya intikal eden olayda hâkimin kendi sübjektif değerlendirmesinden sıyrılarak belli bir ölçüt içinde karar vermesini sağlamaya çalışmaktadır. Cinsel davranışı faildeki cinsel duyguları tatmin amacına yönelik hareketler olarak kabul eden ve kavramı failden yola çıkarak açıkladığı ifade edilen sübjektif görüş olarak nitelendiren görüşe göre ise failin davranışlarını gerçekleştirmesinde cinsel davranışta bulunma kastı aranır.

Çocukların cinsel istismarında cinsel saldırıdan farklı olarak, vücuda temas olsun olmasın fail tarafından gerçekleştirilen objektif olarak cinsel nitelik taşıyan hareketler cinsel davranış olarak kabul edilmelidir. Bu yorumla, cinsel tacizin çocuklara yönelik olması durumunda artık TCK m. 105 değil, TCK m. 103 uygulanacaktır. Ancak doktrinde bu husus da tartışmalara neden olmaktadır.

5237 sayılı TCK m.102’de belirtilen “cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığı ihlali” ile TCK m.103’de ifade edilen “çocuğu cinsel yönden istismar eden kişinin çocuklara karşı her türlü cinsel davranışı” farklıdır. Ancak Yargıtay’ın aksi yönde bir kararı mevcuttur; bedensel temas içermeyen davranışları cinsel taciz olarak kabul etmiş, cinsel istismarı ise cinsel saldırı gibi değerlendirmiştir.<sup>29</sup>

Zira cinsel davranışın belirsizliği, mağdurun çocuk olmasından ötürü cinsel tacizin cinsel istismar kavramı içerisinde değerlendirilmesinin hukuk mantığı ile bağdaşmadığı, sakıncalara yol açabileceği aşikârdır.

## SONUÇ

Cinsel istismara uğrayan çocuklar hakkında UNICEF’in hazırladığı rapora göre; dünya üzerinde her yıl yaklaşık 2 milyon çocuk seks endüstrisinde sömürülmekte, 10 ila 20 bin çocuk da internette cinsel

<sup>28</sup> Taner, sh.92-112.

<sup>29</sup> Memiş Kartal, sh.11.

istismara maruz kalmakta, çocukların 1 milyondan fazla resmi dolaşmaktadır.<sup>30</sup> 2016 Çocuk İstismarına Yönelik Rapor'a göre Türkiye'de tecavüzcülerin tahminen yüzde 5'i ortaya çıkarken yüzde 95'i gizli kalmaktadır. Diyarbakır Barosu Çocuk Hakları Merkezi'nin raporuna göre;

*“Çocuklara yönelen cinsel istismar vakaları son on yılda yüzde 700 artış göstermiştir. Sadece 2016 yılı içerisinde çocuğun cinsel istismarı suçunda 15 bin 51 dava açılmıştır.”*<sup>31</sup>

Vahim ve tahammül edilemez niteliği ile diğer suç tiplerinden farklılaşan çocukların cinsel istismarı suç tipine ilişkin yasal düzenlemenin ve uygulamaya ilişkin aksaklıkların ortaya konulması gerekmektedir. Çocukların cinsel istismarı suçu bakımından bu aksaklıkların giderilmesi için kavramlara açıklık getirilmesi önemlidir. Bu suç bakımından öncelikle mağdur çocuk kavramı, her türlü cinsel davranış ve cinsel istismar kavramlarına açıklık getirilmesi şarttır.

Unutulmamalıdır ki, çocuk istismarından anlaşılması gereken eylemin açıklığı, bu suçla mücadeleyi kolaylaştıracak bir unsurdur. Bu nedendir ki kanunilik ilkesi ceza hukukunun mihenk taşıdır.<sup>32</sup>

Çocukların cinsel istismarı tek başına pek çok hukuki menfaati bünyesinde barındıran bir suç tipidir. Burada sadece çocukların cinsel dokunulmazlıkları değil, aynı zamanda çocuğun bedensel ve ruhsal gelişimi ile birlikte geleceği de korunmaktadır. Çocuk istismarı asla taviz verilmemesi gereken, hukuki boşluğu kaldırmayacak bir alandır. Çünkü çocuk muhtaçtır. Çünkü çocuk masumdur. Çünkü insanlık, çocuklara en iyisini sunmayı borçludur.

30 Bostancı Bozbayındır, sh.495

31 Güncel Hukuk Dergisi, “Yargıda Cinsiyetçilik Raporu”, Aralık 2017, sh.6

32 Memiş Kartal, sh.3

## KAYNAKÇA

- AKBAŞ Turan /SANBERK İsmail, Çocuklara Yönelik Cinsel Taciz ve Koruyucu Eğitim, Karahan, 2011
- ALACAKAPTAN Uğur, Suçun Unsurları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 263, Ankara 1970
- BOSTANCI BOZBAYINDIR Gülşah, Çocukların Cinsel İstismarı, Özel Ceza Hukuku, c.II., Kişilere Karşı Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017
- CENTEL Nur, “Yeni Türk Ceza Yasası ve Kadın” in: Polis Dergisi, Sayı: 44, Temmuz 2005
- ÇEKER Orhan, İslam Hukukunda Çocuk, Kayıhan Yayınları, İstanbul, 1990
- HOROZGİL Denizhan, “Çocukların Cinsel İstismarının Basit Şekli” in TBB Dergisi 2011
- KABOĞLU İbrahim, Çocuklar ve Anayasa, Tekin Yayıncılık, Nisan 2018
- KAZAN Osman Azad, Newspdr Çocuk Cinsel İstismarını Önleme Kılavuzu, 2017
- MEMİŞ KARTAL Pınar, Türk Ceza Hukuku’nda Çocukların Cinsel İstismarı, Der Yayınları, İstanbul, 2014
- MONTES de OCA Marcela / YDRAUT Catherine/ MARKOWITZ Anne, Les Abus Sexuels A l’Egard Des Enfants, Centre Technique National d’Etudes de Recherches Sur les Handicapes et les Inadaptations, Paris, Yayımlanmamış Araştırma
- OVAYOLU Nimet/ UÇAN Özlem/ SERİNDAG Selver, Çocuklarda Cinsel İstismar ve Etkileri, in Fırat Sağlık Hizmetleri Dergisi, Cilt:2 Sayı:4, 2007
- ÖZBEK Veli Özer/KANBUR Nihat/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar/TEPE İlker, Özel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011
- TANER Fahri Gökçen, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Seçkin Yayınevi,Ankara,2013
- TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ÖNOK R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınevi,Ankara, 2010
- ÜNVER Yener, Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlak Karşı Suçlar, in: Türk Ceza Kanunu 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sonuçlar Sempozyum Kitabı, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, s.10, İstanbul, 2008
- YALÇIN SANCAR Türkan, “Türk Ceza Kanunu Tasarısının (2000) Bazı Hükümleri Hakkında Görüşler”, in: AÜHFD, C:51, S.3,Y.2002

[www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/137-160.pdf](http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/137-160.pdf)



## HAYVAN HAKLARI KAVRAMININ ULUSLARARASI KURALLAR VE ÇEŞİTLİ ÜLKELERDEKİ ULUSAL DÜZENLEMELER İŞİĞİNDA İNCELENMESİ

İdil Zeynep Yağlıca\*

### ÖZET

Bu makalede hayvan hakları kavramının hukuki açıdan ele alınmasında uluslararası hukuk kurallarına değinilerek, bu kuralların yerel düzlemde ülkeler bazındaki yansımaları değerlendirilmiştir. Hayvan hakları konusu her ne kadar çok daha eskiye dayansa da bu yaklaşımlar felsefi düzeyde kalmış, hukuka sirayet etmemiştir. Hayvan hakları kavramının uluslararası hukukta yer edinip genel geçer bir düzenlemeye kavuşması Hayvan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 1978 yılında ilanı neticesinde meydana gelmiştir. Bildirgenin 14. maddesi uyarınca bildirgeyi kabul eden devletlerin yerel düzeyde hayvan haklarını yasalarla korumak yükümlülüğü oluşmuştur. Türkiye de Beyannameyi kabul eden devletlerden biri olarak, hayvan hakları konusunda yasal çalışmalarda bulunmuştur. Fakat ne yazık ki hayvan haklarına ilişkin kanun ancak 2004 senesinde kabul edilmiştir. Beyannamenin çeşitli ülkelerdeki etkileri ile Türkiye'deki etkileri kıyaslandığında; Türkiye'nin bu konuda henüz istenilen seviyede olamadığını, dolayısıyla hayvan hakları konusunda daha fazla düzenleme yapılması gerektiğini görmekteyiz.

**Anahtar Kelimeler:** Hayvan Hakları, Hayvan Hakları Evrensel Beyannamesi, Hayvan Haklarını Koruma Kanunu, Hayvan Hakları Kavramının Hukuki Açısından Ele Alınması, Uluslararası Hukukta Hayvan Hakları

\* Stajyer Avukat, İstanbul Barosu.

## ANALYZING THE TERM OF ANIMAL RIGHTS IN CONSIDERATION OF INTERNATIONAL NORMS AND DOMESTIC NORMS OF VARIOUS COUNTRIES

### ABSTRACT

In this article, legal status of animal rights is defined under the international law and its reflections on local dimension, especially in states basis are examined. Although the notion of animal welfare has a long history, the discussions remained philosophical since fifteenth century. There were no legalized international animal rights until the adaption of the Universal Declaration on Animal Welfare in 1978, in which the term of animal rights was announced and adopted at an international level. According to Article 14 of the Declaration on Animal Welfare Article, the States who accepted the Declaration, were under the obligation to protect animal rights on national basis by legislation. Turkey as one of the contracting States, initiated legal studies on animal rights. Unfortunately the Code on animal rights was only accepted in 2004. When compared the reflections of the Declaration on different states, we observe that Turkey is not on the intended level, accordingly shall make more codification on animal rights.

**Keywords:** Animal Rights, Universal Declaration on Animal Welfare, Animal Welfare Laws, Legal Aspects of Animal Welfare, Animal Rights in International Law

### GİRİŞ

Türk Dil Kurumu hayvanı, duygu ve hareket yeteneği olan, içgüdüleriyle hareket eden canlı yaratık olarak tanımlamaktadır.<sup>1</sup> Zira günümüzde yapılan bilimsel gözlemler ve tespitler hayvanların da en az insanlar kadar acı çekebildiklerini, duygulara sahip olduklarını, çevrelerindeki olaylara karşı belli düzeyde ve zekaları ölçüsünde anlam yükleyebildiklerini göstermektedir. Hatta Cambridge Bilinç Deklarasyonu'nda tam olarak bu konulara değinilmiştir. Deklarasyon'da hayvanlardaki bilinç konusuna "Aynı noktada buluşan ortak kanıtlar, hayvanlarda nöroanatomik, nörokimyasal ve nörofizyolojik bilinç durumlarının alt

---

1 [http://tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5b6d9527f-0dff7.01343439](http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5b6d9527f-0dff7.01343439) , 15.08.2018, erişildi

katmanlarının var olduğunu ve hayvanların kasıtlı davranışlar gösterme kapasitesi taşıdıklarını göstermektedir. Bunun sonucu olarak, elimizdeki kanıtlara göre, insan, bilinç oluşturan nörolojik altyapıya sahip tek canlı değildir. Aralarında bütün memeliler, kuşlar ve ahtapot gibi birçok canlının da bulunduğu hayvanda bu nörolojik altyapı bulunmaktadır.” şeklinde değinilmiştir.<sup>2</sup>

## **I. Uluslararası Hukukta Hayvan Hakları**

Yaşayan tüm canlıların doğal haklara sahip olduğunun ilanı ile hayvan haklarının ülkeler bazında yasal düzlemde belli bir standarda sahip olması amacıyla, 15 Ekim 1978 tarihinde Paris’teki UNESCO Merkezinde Hayvan Hakları Evrensel Beyannamesi ilan edilmiştir. Bu metin, 1989 yılında Hayvan Hakları Birliği tarafından tekrar düzenlenerek 1990 yılında UNESCO Genel Direktörü’ne sunulmuş ve aynı yıl halka açıklanmıştır. Elbette ki bu Beyannamenin yerel düzeyde yasalarla koruma altına alınmadıkça bağlayıcı olamadığı bir gerçektir. Nitekim Hayvan Hakları Evrensel Beyannamesi’nde yer alan ilkeler ışığında devletler hayvan haklarının korunması için kanunlar oluşturarak, iç hukuklarında düzenlemeler yapmışlardır. Örneğin Avrupa Birliği, 1986 ve 1987 yıllarında yönergeler çıkararak, Hayvan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin getirmiş olduğu ilkelerin Avrupa Birliği’ne üye devletlerin yerel yönetimlerinde karşılık bulmasını sağlamıştır.

### **A. Birleşik Krallık’taki Durum**

Birleşik Krallık’ta 2006 senesinde Hayvan Refahı Kanunu kabul edilmiş olup, söz konusu Kanun günümüzde de yürürlüktedir. Bu Kanuna göre hayvanlara yapılan zulimlikler için öngörülen ceza İngiltere ve Galler için azami 6 aylık hapis cezası olarak belirlenirken, İskoçya’da 1 yıl, Kuzey İrlanda’da ise 5 yıl üst sınır olarak öngörülmektedir. Bu konuyla ilgili olarak hayvan hakları konusunda çalışan bir dernek olan “Battersea Dogs and Cats Home” tarafından 2017 yılında bir rapor hazırlanmıştır.<sup>3</sup> Bu rapora göre, 2015 yılında 933 kişi hayvan hakları konusyla ilgili yargılanmış; bunlardan 202 kişinin cezası ertelenmiş, 91’i ise hapis cezası ile cezalandırılmıştır. Görüldüğü üzere her ne kadar Türki-

2 <http://fcmconference.org/img/CambridgeDeclarationOnConsciousness.pdf>, 26.09.2018, erişildi(ERİŞİM ?)

3 <http://www.bdch.org.uk/files/Cruelty-Report.pdf>, 27.09.2018, erişildi

ye'deki yasal duruma oranla hayvanların korunmasında İngiltere daha caydırıcı cezalara sahipse de, bu cezalar yeterli olmaktan uzaktır. Zira "Battersea Dogs and Cats Home" derneğinin 2017 yılında hazırladığı rapor neticesinde, özellikle ceza alt sınırlarının düşük olması nedeniyle failer erteleme hükümlerinden faydalandıklarından kanunun yeterli caydırıcılığa sahip olmadığı sonucuna varmıştır.

## B. Almanya'daki Durum

Almanya'da hayvan hakları Federal Almanya Hayvanları Koruma Yasası ile korunmaktadır. Yasa yirmi iki maddeden oluşmaktadır. Federal Almanya Hayvanları Koruma Yasası'nın birinci maddesinde kanunun amacı "... *yaratılış ortamı olarak hayvanlara karşı insanların sorumluluğundan dolayı hayvanların yaşamını ve sağlığını korumaktır*" şeklinde tanımlanmıştır.<sup>4</sup> Almanya'da Hayvanları Koruma Federal Yasası uyarınca; hayvan öldürme, hayvana uzun bir süre acı veren veya tekrar eden şekillerde acı verme fiillerine ilişkin faillere için üç yıla kadar hapis cezası ve para cezası öngörülmektedir. Örneğin, 24.04.2008 tarihinde Berlin'de görülen davada mahkeme, eski kız arkadaşının kedisini beşinci katın balkonundan atarak öldüren fail hakkında 7 ay hapis cezasına hükmetmiştir.<sup>5</sup>

## C. Amerika Birleşik Devletleri'ndeki Durum

Amerika Birleşik Devletleri'nde eyaletler, Federal Anayasa'nın izin verdiği sınırlarda Eyaletlere kendi kanunlarını yapma yetkisine sahiptir. Hayvan hakları konusu ise Federal Anayasa'nın sınırlarını belirlediği, belli bir kıstas getirilmiş konu niteliğinde değildir. Buna rağmen Amerika Birleşik Devletleri'ndeki tüm eyaletlerin hukukunda; hayvanların öldürülmesi, işkence edilmesi veya yaralanması halinde hapis cezası verileceği öngörülmüştür. Eyaletlerin öngörmüş oldukları cezalarda, üst sınır en az 1 yıldır. Üst sınırın en çok 1 yıl olarak belirlendiği eyalet ise Kansas eyaletidir. Bununla beraber Alabama eyaletinde hapis cezası 10 yıla kadar çıkabilmektedir.<sup>6</sup>

4 <https://www.animallaw.info/statute/germany-cruelty-german-animal-welfare-act> , 13.08.2018, erişildi(ERİŞİM?)

5 <http://www.haytap.org/index.php/200804241071/diger-ulkelerde-yasalar/almanya-da-kediyi-balkondan-atan-adam-ne-ceza-aldi> , 20.07.2018, erişildi(ERİŞİM?)

6 <http://www.bdch.org.uk/files/Cruelty-Report> ,18.07.2018, erişildi(ERİŞİM?)

## D. Tayland'daki Durum

Tayland'da 2014 senesine kadar bir hayvana kötü muamele veya eziyet edilmesi halinde 1 aylık seçimlik hapis cezası veya para cezası öngören ceza kanunu maddesi haricinde hayvan haklarına özgülenmiş bir hukuki düzenleme bulunmamaktaydı. Fakat 2014 senesinde kabul edilen Hayvan Refahı Kanunu<sup>7</sup> ile birlikte ilk kez Tayland'da yalnızca hayvanlara özgü ve öncesine göre daha ağır cezalar öngören bir düzenleme yapılmıştır. Yasa, kanunun ihlali halinde 1 seneye kadar hapis cezası öngörmektedir. Bu düzenlemenin yapılmasına; 22 yaşındaki Yonlada Jampasi'nin ev arkadaşının köpeğini 5. kattaki apartman dairesinden aşağı atarak öldürmesi sonrasında sosyal medyada ortaya çıkan yoğun tepkilerin ciddi anlamda etkisi olmuştur.

## II. Türkiye'deki Durum

Türkiye yalnızca “hayvan hakları” içerikli herhangi bir yasal düzenlemeye 2004 yılından önce sahip değildi. Ev Hayvanlarının Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi 2003 yılında Avrupa Birliği ile uyum süreci doğrultusunda imzalanmış, 24 Haziran 2004 tarihinde bu Sözleşme çerçevesinde Hayvanları Koruma Kanunu kabul edilmiştir. Bu Kanun için her ne kadar geç kalınmış olsa da, Türkiye'de hayvan hakları konusunda atılmış önemli bir hukuki adım niteliğindedir.

Fakat kanun tasarısında yer alan düzenlemelerden bazılarında Kanun'un esas metninde yer verilmemiştir. Bunlardan biri kanun tasarısının 2. maddesinde yer alan “Hayvanlar nesne (eşya) değildir” hükmüdür. Bu konuda J.P. Marguenaud, “*Özel Hukukta Hayvan*” başlıklı tezinde; hayvanların özel bir hukuki korumaya erişmeleri, dolayısıyla artık bunların alelade bir “nesne” oldukları iddiasını savunmanın imkânsız olduğunu ve hayvanlara kişilik tanımamızın başlangıcında olduğumuzu belirtmiştir.<sup>8</sup> Ne yazık ki kanun tasarısında yer almasına rağmen “hayvanlar nesne değildir” hükmüne asıl kanun metninde yer verilmemiştir. Bu nedenle Türk Ceza Kanunu'ndaki ilgili hükmün de değiştirilmesine

7 <https://www.globalanimallaw.org/downloads/database/national/2014-Thailand-Animal-Anti-Cruelty-And-Welfare-Act.pdf> , 18.07.2018, erişildi

8 J.P. Marguenaud, “*Özel Hukukta Hayvan*”, Limoges, 1987, *naklen* Sungurbey İsmet, *Hayvan Hakları, Bir İnsanlık Kitabı*, İstanbul, 1993, cilt 2, s.135.

gerek kalmamıştır. Zira halen Türk Ceza Kanunu'nun 151. maddesinin 2. fıkrası uyarınca sahipli hayvanlara verilen zarar, mala zarar verme suçu başlığı altında yer almaktadır. Sahipsiz hayvanlara verilen zarar ise bir suç olarak kabul edilmemiş, ancak Hayvanları Koruma Kanunu uyarınca bir kabahat olarak nitelendirilmiştir.

Görüldüğü üzere Türk hukukunda hayvanlar hak ehliyetine sahip varlıklar olarak tanımlanmamaktadır. Hayvanların hak ehliyetleri konusunda Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'nin "Hayvanların Hak Ehliyeti ve Sınırları" başlıklı incelemesine, Prof. Dr. İsmet Sungurbey'in "Hayvan Hakları" isimli kitabında şu şekilde yer verilmiştir:

*"Benim de gerek cenin, gerek hayvanlar bakımından istediğim de esasen biç değilse bundan ibarettir. Yaşama hakkı ile sınırlı da olsa, bağımsız bir hak ehliyetinin tanınmasıdır. Cenine nasıl kayyım tayin ediliyorsa ve Anayasanın temel haklarından olan yaşama hakkının korunması cenini de kapsıyorsa, Anayasaya benim "Hukuk Devleti Öğretisi" kitabımda ileri sürdüğüm şekilde bir madde konabilir ve bir Devlet makamı teşkil edilerek hayvanların yaşama hakkı bakımından bu makama "kayyım" (temsilcilik) yetki ve görevi verilebilir."*<sup>9</sup>

Fakat hayvanlara Türk hukukunda bağımsız bir hak tayini halen yapılmış değildir. Hayvanlar özel olarak korunmalıdır, ancak hukukçular korumanın yöntemi üzerinde anlaşmamaktadırlar.<sup>10</sup> Hayvan Hakları Evrensel Beyannamesi ilkeleri ışığında bu konuda bir korumanın gerekliliğinin ortak kabule eriştiği kabul edilebilecekse de, yerel hukuk düzeyinde de hayvanların kötü muameleye, şiddete, işkenceye karşı korunmaları amacıyla temel bir hakka sahip olmaları gerektiği kabul edilmelidir.

### III. Türk Hukukundaki Yasal Düzenlemeler

Hayvanların Ceza Kanunu kapsamında korunması için hayvanın sahipli olması gerekir. Sahipli hayvanların hukuki anlamda statüsü "sahip olunan mal" olarak kabul edildiğinden, Ceza Hukuku alanında korunması da Kanun'un "Malvarlığına Karşı Suçlar" bölümünde ele alınmaktadır. Bu bağlamda Türk Ceza Kanunu'nun 151. maddesinde; "Başka-

9 Sungurbey İsmet, *Hayvan Hakları*, Bir İnsanlık Kitabı, İstanbul, 1993, cilt 2, s. 136-137.

10 Sungurbey İsmet, *Hayvan Hakları*, Bir İnsanlık Kitabı, İstanbul, 1993, cilt 2, s.135.

sının taşınır veya taşınmaz malını kısmen veya tamamen yıkan, tahrip eden, yok eden, bozan, kullanılamaz hale getiren veya kirleten kişi, mağdurun şikayeti üzerine, dört aydan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır” denmektedir.

Haklı bir neden olmaksızın, sahipli hayvanı öldüren, işe yaramayacak hale getiren veya değerinin azalmasına neden olan kişi hakkında yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır.” şeklindeki düzenleme sahipli hayvanlara karşı yapılan kötü muamelede başvurulmuş kanun maddesidir. Fakat burada dikkat edilmesi gereken düzenlemenin hapis cezasının seçimlik ceza niteliğinde olmasıdır.

Hayvan hakları ilk defa hayvan haklarına özgü ayrı bir kanun ile 5199 sayılı Hayvan Haklarını Koruma Kanunu’nda düzenlenmiştir. Bu Kanun, hayvan haklarının korunması bakımından yerel düzlemde atılmış önemli bir adım niteliğinde olsa da, ne yazık ki yeterli koruma işlevini taşımamaktadır. Kanunun amacı 1. maddede “Hayvanların rahat yaşamlarını ve hayvanlara iyi ve uygun muamele edilmesini temin etmek, hayvanların acı, ıstırap ve eziyet çekmelerine karşı en iyi şekilde korunmalarını, her türlü mağduriyetlerinin önlenmesini sağlamaktadır.” şeklinde yer almaktadır. Kanunun önemli unsurlarından biri de 4. maddede ilkelerin düzenlenmiş bulunmasıdır. Zira bu ilkeler Hayvan Hakları Evrensel Beyannamesi ile paralellik göstermektedir.

Kanunda yer alan ilkelerden bazıları şunlardır: Bütün hayvanlar eşit doğar ve bu Kanun hükümleri çerçevesinde yaşama hakkına sahiptir. Evcil hayvanlar, türüne özgü hayat şartları içinde yaşama özgürlüğüne sahiptir. Sahipsiz hayvanların da, sahipli hayvanlar gibi yaşamları desteklenmelidir.

1. Hayvanların korunması, gözetilmesi, bakımı ve kötü muamelelerden uzak tutulması için gerekli önlemler alınmalıdır. Hayvanların türüne özgü şartlarda bakılması, beslenmesi, barındırılma ve taşınması esastır.
2. Bunlarla birlikte bu Kanunun bir diğer önemli yönü de, hayvanlara yasak müdahalelere karşı cezai hükümlere yer vermesidir. Kanunda düzenlenen yasaklara aykırı davranma halinde verilecek cezalara 28. maddede yer verilmiştir.

3. Bu düzenlemelere örnek vermek gerekirse; hayvanların bakımı ile alakalı Kanunun 5. maddesinde yer alan yükümlülüklerle uymayanlara hayvan başına 60 Türk Lirası idari para cezası verilir. Ev ve süs hayvanları ile kontrollü hayvanlardan, doğal yaşama ortamlarına tekrar uyum sağlayamayacak durumda olanların terk edilmesi; beslenemeyeceği ve iklimine uyum sağlayamayacağı ortama bırakılması halinde bu kişilere hayvan başına 200 Türk Lirası idari para cezası verilir. Sahipsiz ya da güçten düşmüş hayvanların, 3285 sayılı Hayvan Sağlığı Zabıtası Kanunu'nda öngörülen durumlar dışında öldürülmeleri halinde 600 Türk Lirası idari para cezası verilir.

5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu'nun cezai hükümlerini içeren ilgili 28. maddesinde yer alan cezai hükümlerinin en ağırı; ulusal radyo ve televizyonlara 20. maddede getirilmiş olan eğitici yayın yükümlülüğüne RTÜK'ün takibi sonucunda bu yükümlülüğe aykırı hareket ettiği tespit edilmesi halinde, maddenin ihlal edildiği her ay için 6.000 Türk Lirası idari para cezası öngörülmesidir.

Görüldüğü üzere 2004 yılında kabul edilen 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu her ne kadar Hayvan Hakları Evrensel Beyannamesi ilkelerine yer vermişse de, kanunun cezai hüküm öngören maddeleri ele alındığında yaptırımların caydırıcılığında bahsetmek mümkün değildir.

Örneğin yine 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu'nun 21. maddesine göre bir hayvana çarpılması halinde sürücü, hayvanı en yakın veteriner hekim veya tedavi ünitesine götürmek durumundadır. Bu yükümlülüğün yerine getirilmediği durumda sürücüye 28. maddeye göre hayvan başına 300 TL adli para cezası verilmektedir. Ne yazık ki görüldüğü üzere cezalar caydırıcılıktan o kadar uzaktır ki, bir nevi Kanunun ilgili maddesinin varlığının dahi bir anlam ifade etmediği düşünülecektir.

## **Sonuç**

Görülebileceği üzere uluslararası düzlemde uzun yıllardır tartışılan hayvan hakları kavramı, 1978 yılında ilan edilen Hayvan Hakları Evrensel Beyannamesi ile uluslararası düzeyde ele alınan bir konu haline gelmiş



ve bu kavram çerçevesinde ortaya çıkan yasal düzenlemeler sürekli olarak gelişmektedir. Hayvan Hakları Evrensel Beyannamesi'yle başlayan hukuki düzenlemeler, Avrupa Birliği'nin üye devletleri için çıkarmış olduğu yönergelerle devam etmiştir. Günümüzde her ne kadar yerel düzlemde yasal düzenlemeler yapılmış olsa da hazırlanan raporlar bu düzenlemelerin yeterli düzeyde kalmadığını göstermektedir. Fakat hayvan haklarının korunması konusunda her ülke aynı durumda değildir. Burak Özgüner'in yazdığı [bianet.org](http://bianet.org) sitesinde yer alan "Türkiye'de Hayvan Hakları Yok Da Avrupa'da Var Mı?" başlıklı makalede<sup>11</sup> bu konuda World Animal Protection'ın 108 ülkenin ulusal mevzuatını tarayarak A'dan (en iyi) G'ye kadar (en kötü) derecelendirdiği rapora yer verilmiştir; raporda Türkiye E notu alırken, Birleşik Krallık A notu almış, Almanya ise B notu almıştır.<sup>12</sup> Bu durum hali hazırdaki yasal düzenlemeleriyle eleştirilse dahi hem Birleşik Krallık'ın hem de Almanya'nın ülkemize nazaran ne kadar iyi durumda olduğunu açıkça gözler önüne sermektedir. Zira bilhassa ülkemizde, hayvan haklarını korumak üzere düzenlenen yasalarda ceza alt sınırları çok düşük olduğundan cezaların belirlenmesi sırasında yapılan indirimler neticesinde hayvanlara kötü muamelede bulunan sanıklar kanunda öngörülen cezanın çok daha altında cezalar almaktadırlar. Hatta çoğu zaman bu kanunlarda öngörülen hapis cezalarının ertelenmesi hükümleri nedeniyle mahkeme bu failer hakkında hapis cezasının ertelenmesi kararı vermektedir. Böylece failer herhangi bir ceza almadan bu tür dosyalar kapanmaktadır.

İngiltere, Almanya, Amerika Birleşik Devletleri ve Tayland örneklerine baktığımızda bu ülkelerin bizim ülkemizdeki düzenlemelere nazaran daha kapsamlı Hayvanları Koruma Kanunlarına sahip olduklarını görmekteyiz. Ülkemizde ise ceza kanununda yer alan birkaç hüküm dışında 5199 sayılı Hayvan Hakları Kanunu yeterli derecede kapsamlı olmamakla birlikte ve caydırıcılıktan uzaktır. Öyle ki hayvanlar ceza hukuku anlamında birer "mal/eşya" niteliğindedir. Hayvanların hukuki anlamda bir "mal/eşya" niteliğinde olması hayvanların bir yaşam süjesi olarak kabul edilmediğini göstermektedir. Yaşam süjesi olarak bile kabul edilmeyen hayvanların da hukuki anlamda korunmasının son

11 <https://bianet.org/biamag/hayvan-haklari/191821-turkiye-de-hayvan-haklari-yok-da-avrupa-da-var-mi>, 26.09.2018, erişildi

12 <https://www.worldanimalprotection.org> , 11.09.2018, erişildi

derece yetersiz olacağı aşikardır. Zaman zaman medyada karşılaştığımız hayvanlara işkence edildiğini ilişkin çok çarpıcı ve üzücü haberler ülkemizdeki yasal düzenlemelerin ne kadar yetersiz olduğunu göstermektedir. Örneğin Hürriyet Gazetesi'nin 30 Temmuz 2018 tarihli haberine göre bir kişi, bıçakladıktan sonra otomobilinin arkasına bağlayarak sürüklediği 3 aylık yavru köpeğe kötü muameleden gözüaltına alındı. Şüpheli, 625 lira para cezasıyla serbest bırakıldı, yavru köpek korumaya alınmıştır.<sup>13</sup> Bu ve bunun gibi birçok örnek söz konusu düzenlemelerin para cezasını değil, belli yoğunlukta hapis cezasını gerektirdiğini ortaya koymaktadır. Öyle ki bu cezanın kolaylıkla erteleme ya da hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesinin kapsamını da aşması, cezaların caydırıcılığını arttıracaktır.

Şunu da belirtmek gerekir ki, bundan yaklaşık on yıl önce, sokak hayvanlarının belediyeler tarafından zehirlenerek öldürülmeleri alışlagelmiş bir uygulamayken, hayvanların barınaklara konulmaya başlanması bile hayvanlara karşı en azından belli bir oranda hassasiyet geliştiğini göstermektedir. Ancak ne yazık ki ülkemizdeki güncel yasal düzenlemeler bu haliyle hiçbir şekilde kabul edilebilecek durumda değildir. Bu durumda yapılması gereken hayvan hakları konusunda kurulacak komisyonların etkili bir çalışma içerisine girip, dünyadaki hayvan hakları korunma düzeyini en azından yakalayabilecek yasal düzenlemelerin yapılmasıdır. Zira toplumda bu konuda bir bilinç hızla gelişmektedir. Dolayısıyla hukukun da topluma ayak uydurması, güncel kalması gerekmektedir.

---

13 <http://www.hurriyet.com.tr/insanligin-iki-yuzu-cocuklar-kurtardi-digeri-40912657>, 20.07.2018, erişildi (ERİŞİM?)

## KAYNAKÇA

MARGUENAUD, J.P. “Özel Hukukta Hayvan”, Limoges, 1987 naklen SUNGURBEY, İsmet, Hayvan Hakları, Bir İnsanlık Kitabı, İstanbul Üniversitesi Basımevi ve Film Merkezi, İstanbul, 1993, cilt 2

SUNGURBEY, İsmet, Hayvan Hakları, Bir İnsanlık Kitabı, İstanbul Üniversitesi Basımevi ve Film Merkezi, İstanbul, 1993, cilt 2

<http://fcmconference.org/img/CambridgeDeclarationOnConsciousness.pdf>

[http://tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5b6d9527f0dff7.01343439](http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5b6d9527f0dff7.01343439)

<http://www.bdch.org.uk/files/Cruelty-Report>

<http://www.bdch.org.uk/files/Cruelty-Report.pdf>

<http://www.haytap.org/index.php/200804241071/diger-ulkelerde-yasalar/almanya-da-kediyi-balkondan-atan-adam-ne-ceza-aldi>

<http://www.hurriyet.com.tr/insanligin-iki-yuzu-cocuklar-kurtardi-digeri-40912657>

- <https://bianet.org/biamag/hayvan-haklari/191821-turkiye-de-hayvan-haklari-yok-da-avrupa-da-var-mi><https://www.animallaw.info/statute/germany-cruelty-german-animal-welfare-act>

<https://www.globalanimallaw.org/downloads/database/national/2014-Thailand-Animal-Anti-Cruelty-And-Welfare-Act.pdf>

<https://www.worldanimalprotection.org>



---

# AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN MARIYA ALEKHİNA VE DİĞERLERİ V. RUSYA KARARININ ÖZET ÇEVİRİSİ

---

Serde ATALAY\*

---

**Başvuru No: 38004/12**

**Karar Tarihi: 17.07.2018**

**Başvurucular:** Mariya Vladimirovna Alekhina, Nadezhda Andreyevna Tolokonnikova ve Yekaterina Stanislavovna Smutsevich.

## A. Olayların Özeti

Başvurucuların üçü de, Rusyalı feminist bir punk müzik grubu olan *Pussy Riot*'ın üyeleridir. Başvurucular grubu 2011'in sonlarında kurmuşlardır. Başvurucular, dava süreci boyunca da adı geçecek çeşitli şarkılarını Rusya'nın çeşitli yerlerinde doğaçlama şekilde gerçekleştirdikleri performanslarında söyleyen bir grubun üyeleridir.

Başvuruculara göre gerçekleştirdikleri eylemler, Rusya'da süregiden politik sürece ve başta lideri Piskopos Kirill olmak üzere, Rus Ortodoks Kilisesi'nin, Moskova'da ve Rusya'nın başka pek çok şehrinde Aralık 2011 genel seçimlerine karşı gerçekleştirilen geniş çaplı gösteriler hakkında ifade ettiği son derece eleştiriye açık görüşlerine bir tepki niteliğindedir. Ayrıca Vladimir Putin'in Mart 2012'de gerçekleşecek başkanlık seçimlerine katılmasını protesto ettiklerini belirtmişlerdir.

Başvuruculara göre şarkıları "açık ve güçlü biçimde kelimelere dökülmüş, hükümeti eleştiren ve feminizmi, azınlık haklarını ve süregiden protestoları destekleyen politik mesajlar" içermektedir. Grup, kimlikleri gizli şekilde, üyeleri parlak renkli kıyafetler ve kar maskeleri giymiş biçimde, mesajlarını güçlendirecek farklı yerlerde performanslar gerçekleştirmiştir.

Ekim 2011'de aralarında ikinci ve üçüncü başvurucunun da olduğu birkaç *Pussy Riot* üyesi, *Kaldırım Taşlarını Sökün* ("*Release the Cobb-*

---

\* Stajyer Avukat, Ankara Barosu.

*lestones*”) adlı parçayı seslendirmelerinden sonra ilgili kanun hükümleri uyarınca izinsiz toplantı düzenleme ve gerçekleştirme suçundan tutuklanarak cezalandırılmışlardır. Daha sonra Aralık 2011’de grubun üç üyesi Moskova’daki bir geçici tutukevinin binasının çatısında, Moskova’da gerçekleştirilen protestolara katıldığı için tutuklanan kişiler için olduğu iddia edilen bir performans gerçekleştirmişlerdir. Söylenen şarkı *Hapse Ölümler, Protestoya Özgürlük* (“*Death to Prison, Freedom to Protest*”) olup binanın çatısından da “Protestoya Özgürlük” yazılı bir pankart sarkıtılmıştır. Grup üyelerine karşı herhangi bir tutuklama girişimi olmamış, performansın videosu da internete yüklenmiştir.

20 Şubat 2012’de yine grubun sekiz üyesi Moskova Kızıl Meydan’da *Rusya’da İsyan* (“*Riot in Russia*”) isimli bir performans sergileyerek *Putin Altını Islattı* (“*Putin Wet Himself*”) adlı şarkılarını söylemişlerdir. Sekiz üyenin tümü, yukarıda bahsi geçen suçlama ile tutuklanarak cezalandırılmışlardır.

Piskopos Kirill’in ve halkın Putin’e desteğine tepki olarak Pussy Riot’ın üyeleri *Punk Duası – Bakire Meryem, Putin’i Uzaklaştır* (“*Punk Prayer – Virgin Mary, Drive Putin Away*”) adlı protesto şarkısını yazmışlardır (şarkı sözleri karar metninde mevcuttur). Başvurucuların da aralarında bulunduğu grup üyeleri, her zamanki giyimleri içerisinde Moskova Yelokhovo bölgesindeki Epiphany Katedrali’ne gelerek sahneyi kurmuş ve dans ederek bu şarkıyı söylemişlerdir. Bu performansa ilişkin olarak polise herhangi bir şikâyetle bulunulmamıştır.

## **1. Başvuruya Konu Olay: Moskova Christ the Saviour Katedrali’ndeki Performans**

Başvurucuların da aralarında bulunduğu grubun beş üyesi, Epiphany Katedrali’ndeki gibi *Punk Duası – Bakire Meryem, Putin’i Uzaklaştır* şarkısını 21 Şubat 2012’de Moskova’daki Christ the Saviour Katedrali’nin mihrabından söylemeye teşebbüs etmiştir. O esnada katedralde birkaç kişi bulunsa da, herhangi bir ayin gerçekleştirilmemektedir. Grup görünürlük kazanmak adına performansa gazetecileri ve medyayı da davet etmiştir ancak aşağıda kısaca özetleneceği üzere söz konusu girişim, katedral güvenliğinin hızlı müdahalesiyle bir dakikayı çok az bir süre aşacak kadar sürebilmiş ve başarısız olmuştur:

Grubun beş üyesi, mihrabın önündeki podyuma ellerinde teçhizatla çıkarak üstlerindeki ceketleri çıkarmışlar ve karakteristik rengârenk kıyafetlerini sergilemişlerdir. Ayrıca yine kar maskelerini giymektedirler. Çantalarından performans için gerekli teçhizatı çıkarmaya başlarken biri güvenliği çağırması ve güvenlik derhal müdahale etmeye başlamıştır. İzleyen bir dakika içerisinde grup üyeleri güvenlik tarafından fiziki müdahale ile zorla mihraptan indirilmeye çalışılmış, grup üyeleri bir yandan direnirken bir yandan da herhangi bir alet ya da müzik olmaksızın bağırarak ve rastgele dans ederek şarkıyı söylemeye başlamışlardır. Bu esnada “lanet olsun (holy shit)”, “cemaat (congregation)” ve “cennette (in heaven)” kelimelerinin video kaydında duyulduğu vurgulanmıştır. Aynı anda ikinci başvuru bir şekilde müzik çaları çalıştırmayı başarmış ancak güvenlik müzik çaları derhal ortadan kaldırmıştır. İki başvuruçunun da aralarında olduğu dört kişi podyumda şarkı söylemeye ve dans etmeye, kollarını ve bacaklarını rastgele savurmaya devam etmiştir. İlk başvuruçunun güvenlik tarafından yakalansa da güvenliğin elinden kurtulmuş, ikinci başvuruçunun ise diz çökerek istavroz çıkarmaya ve dua etmeye başlamıştır. Grup üyeleri diz üstü çökerek şarkı söylemeye devam etmişler ve istavroz çıkararak dua etmeye başlamışlardır. (Burada kısaca aktarılan olayın görüntülerine şu linkten ulaşılabilir: <https://www.youtube.com/watch?v=grEBLskpDWQ>)

Katedral çalışanları grup üyelerini mihraptan uzaklaştırdıktan sonra güvenlik katedralin çıkışına kadar gruba eşlik etmiştir.

## **2. Cezai Sürec**

### **a. Tutukluluk süreci**

Aynı gün, güvenlik şirketinin genel müdür yardımcısı polise kimliği belirsiz kişilerce “kamu düzeninin ihlal edildiği” gerekçesiyle şikâyetle bulunmuş, bu kişilerin katedral içerisinde “çığlık atarak dans ettiğini” ve “kilisenin üyelerinin hissiyatını aşağıladığını” ve ibadet edenlerin, din adamlarının ve güvenliğin uyarılarına kulak asmadığını ifade etmiştir. Benzer bir şikâyet katedral fonunun yöneticisi tarafından da yapılmış, bu şahıs ayrıca başvuruçuların eylemini ahlaksızca, radikal ve Ortodoks inancına sahip olanları ve Rus Ortodoks kilisesini aşağılayıcı olarak nitelendirmiştir, öyle ki ona göre grubun eylemleri dini hoşgörüsüzlük ve

nefreti kışkırtma amacı gütmektedir. Bundan 3 gün sonra, cezai işlemlere başlanarak katedral çalışanlarının ve güvenliğinin polis tarafından ifadesi alınmıştır. Bu kişiler, dini hislerinin olay nedeniyle rencide edildiğini ve olaya karışan kişileri tespit edebileceklerini ifade etmişlerdir.

3 Mart 2012'de ikinci başvuru tutuklanmıştır. İzleyen gün ilk başvuru tutuklanmış, ikisi de dini nefrete dayalı ağırlaştırılmış holiganlık ile suçlanmışlardır. Üçüncü başvuru da polis tarafından durdurularak sorgu için alıkonulmuş, ancak gerçek kimliğini gizleyerek kendini başka biri olarak tanıtmıştır. Kendisinin USB belleğine ve bilgisayarına el konularak sorgudan sonra serbest bırakılmıştır.

5 Mart 2012'de yerel mahkeme ilk iki başvuru için ayrı ayrı 24 Nisana kadar tutuklama kararı vermiştir. Mahkeme suçlamaların ağırlığını, başvuru sahiplerinin karşı karşıya kaldıkları cezanın ciddiyetini, suçlandıkları "suçun kinciliğini ve küstahlığını", yerleşim yerlerinde ikamet etmeme tercihlerini, sürekli bir "hukuki" gelir kaynağından mahrum olmalarını, ilk başvuru sahibinin çocuğuna bakma konusundaki başarısızlığını ve ikinci başvuru sahibinin Kanada'ya taşınma ve yerleşme hakkını ve ayrıca bazı Pussy Riot üyelerinin halen tespit edilemediğini ya da kaçak olduğunu gerekçe göstererek başvuru sahiplerine daha hafif bir tedbir uygulanmasını mümkün görmediğini belirtmiştir. Söz konusu tutuklama kararları yapılan itirazın reddi ile 14 Martta kesinleşmiştir.

Üçüncü başvuru da 16 Martta polis tarafından kimliği tespit edildikten sonra mahkeme kararıyla, diğer iki başvuru sahibiyle aynı suçlamalarla ve benzer gerekçelerle, ek olarak başta kendini bilerek yanlış tanıması nedeniyle firar etme ve adaletin işleyişini önleme riski taşıdığı da gerekçe gösterilerek tutuklanmıştır. Bu karar da 28 Martta kesinleşmiştir.

19 Nisanda yerel mahkeme tarafından verilen üç ayrı tutuklama kararıyla başvuru sahiplerinin tutuklulukları 24 Hazirana kadar uzatılmıştır. En baştaki tutuklanma gerekçeleri mahkeme tarafından tekrarlanarak, başvuru sahiplerinin serbest bırakılmasını gerektirecek yeni bir durumun oluşmadığı belirtilmiştir. Ek olarak, ilk başvuru sahibinin atılı suçları itiraf etmeyi açıkça reddetmesi ve başvuru sahiplerinin yerleşim yerlerinde polis tarafından bulunmalarının mümkün olmaması gerekçe olarak sunulmuştur.

20 Haziranda başvuru sahiplerinin tutukluluk süresi aynı gerekçelerle tekrar uzatılmış, karar üst mahkeme tarafından da uygun görülmüştür.



20 Temmuz tarihli ön duruşmada mahkeme, savcının tutukluluk süresinin uzatılması talebini, başvurucuların tutuklanmasını gerektiren durumların değişmediği gerekçesiyle kabul etmiştir. Mahkeme başvurucuların aile durumlarına, ikinci başvurucunun sağlık durumunun hassas olduğuna, üç başvurucunun da yerleşim yerlerini Moskova olarak kaydettirdiklerine ve aleyhlerindeki cezai sürecin zaten çok ileri bir seviyede olduğuna ilişkin iddialarını reddetmiştir. Mahkeme ayrıca içlerinde ünlü Rus aktörlerin, yazarların, yapımcıların, gazetecilerin, iş adamlarının, şarkıcıların ve politikacıların olduğu 55 kişinin bireysel yazılı teminatını reddetmiştir. Bu tutuklama kararı da kesinleşmiştir.

### **b. Ön duruşma ve duruşma**

Bu süreçler devam ederken soruşturmacılar mevzubahis şarkının video kayıtlarının dini nefrete dayanıp dayanmadığı, dolayısıyla dini nefreti kışkırtıp kışkırtmadığı ve Ortodoks inancına sahip kişilerin dini inançlarına yönelik bir saldırı olup olmadığı konusunda uzman görüşlerine başvurmuşlardır. Devlete bağlı bir uzman bürosu tarafından birden fazla uzmanla birlikte hazırlanan raporda başvurucuların eylemlerinin şiddet içerikli ya da saldırgan olmadığı, herhangi bir sosyal ya da dini grup nezdinde şiddeti teşvik etmediği ve herhangi bir dini grubu hedef almadığı ya da aşağılamadığı sonucuna varılmıştır.

Ancak doğrudan bireysel olarak atanan uzmanlar tarafından hazırlanan üçüncü bir uzman görüşü, tam aksi sonuca vararak performansın ve videonun dini nefrete dayandığını, özellikle Ortodoks inançlılara yönelik nefret ve düşmanlık içerdiğini ve bu inançlıların dini duygularını aşağıladığını belirtmiştir.

20 Temmuzda, başvurucuların ulusal ve uluslararası medya tarafından da yakından izlenen duruşması başlamıştır. Mahkeme, başvurucuların, duruşma salonundaki çeşitli güvenlik önlemlerinin avukatlarıyla görüşme ve savunma hazırlama haklarını ihlal ettiği, avukatlarıyla özel olarak görüşmelerinin mümkün olmadığı yönündeki pek çok şikâyetini reddetmiştir. Başvurucuların anlatımına göre duruşma koşulları şöyledir:

Başvurucular duruşma boyunca “akvaryum” olarak bilinen cam duvarlarla çevrili ve son derece dar kapalı bir bölmede tutulmuşlardır. Bu

bölmenin içinde havalandırma yetersizdir ve sıcak hava nedeniyle nefes almak son derece zordur. Bölmenin önüne başvuruçuların avukatları için bir masa konulmuş olsa da bölme etrafında devamlı, kimi zaman yedi polis memuruna ve bekçi köpeğine kadar varan, yüksek derecede güvenlik bulunmaktadır. Dosyaya sunulan fotoğraflardan görüldüğü üzere polis memurları ve mübaşirler devamlı bölmenin çevresindedirler ve avukatların masasının ya arkasında ya da çok yakınındadırlar. Bazı fotoğraflarda kadın polis memurlarının bölme ile avukatların masası arasında durduğu görülmektedir. Başvuruçular avukatlarıyla iletişim kurmak için 15 x 60 cm boyutunda küçük bir pencereyi kullanmak ve pencere yerden sadece 1 m yüksekte olduğundan bunun için de devamlı eğilmek zorunda kalmışlardır. Pencere üç başvuruçunun da kullanması için çok küçük olduğundan her biri avukatlarıyla ancak sırayla konuşabilmişlerdir. Başvuruçulara göre, polis memurları devamlı çok yakınlarında konuşmalarını ve yazışmalarını takip ettiğinden avukatlarıyla özel olarak iletişim kurmaları mümkün olmamıştır. Bundan da öte duruşma salonunda bir köpek mevcuttur ve köpek duruşmalar esnasında havladığı ve devamlı hareket ettiği için özellikle bazı anlarda son derece rahatsız edici olmuştur.

Başvuruçulara göre, gece tekrar tutukevine götürüldükleri için, ziyaretçi saati çoktan geçmiş olduğundan avukatlarıyla görüşebilmeleri mümkün olmamıştır. Başvuruçular ve avukatları özel olarak görüşebilmek adına izin ve duruşmaların ertelenmesi talebi dâhil çeşitli başvurularda bulunsalar da bu başvurular bir işe yaramamıştır. Benzer şekilde başvuruçuların ek uzman görüşü alınmasına (özellikle sanat tarihi, modern sanat ve din bilimleri alanından) yönelik talepleri de reddedilmiştir. Savunmanın aleyhine olan üçüncü uzman görüşüne yönelik itirazları da bir sonuç vermemiştir.

### **c. Duruşmalara getirilme ve duruşmalardan geri götürülme koşulları**

Başvuruçuların anlatımına göre duruşmalara getirilme ve tutukevine geri götürülme koşulları şöyle özetlenebilir:

Başvuruçular bir cezaevi aracıyla mahkemeye taşınmış, sabahları daha küçük bir araçla, akşamları tutukevine dönerken ise daha büyük

bir araçla gitmişlerdir. Araçlar tutukluları birbirinden ayıracak şekilde bölmelerden oluşmakta ve araçların içindeki ortak alanda oturulacak yerler bulunmaktadır ancak tavan çok alçaktır. Küçük aracın ortak alanı 2 metrekareden fazla olmayıp 4 kişi için tasarlanmışken, büyük araçtaki ortak alan yaklaşık 5 metrekaredir.

Anlatıma göre başvuru tutukluluk duruşmalarına ayrı bölmelerde götürülmüş, sonrasında ortak bölme alınmışlardır. Çoğu zaman araçlar aşırı kalabalıktır, tutuklular çok dar şekilde ve dip dibe oturmak zorunda kalmaktadırlar. Aracın içi havasızdır ve araç Moskova'da çeşitli duraklarda sık sık durmaktadır. Araçlar bazen öyle doludur ki oturacak yer olmamaktadır, araçta zaman zaman bazı tutuklular da sigara içmektedir. Tüm bu koşullar nedeniyle ikinci ve üçüncü başvuru şiddetli baş ağrıları yaşamışlardır. Araçların içinde sıcaklık çok yüksek olup, havalandırma yetersizdir ve nadiren açılmaktadır. Açıldığında da ancak çok kısa bir süre açık kalmaktadır. Aracın içindeki fan da hiçbir işe yaramamaktadır. Mahkemeye yolculuk 2-3 saat kadar sürmekte, araç mahkemeyi geçene kadar da tutukluların tuvalet kullanmalarına izin verilmemektedir. Duruşma günleri başvuru gerekli işlemleri tamamlamak için sabah 5 veya 6'da kaldırılmakta, erken gidiş ve geç dönüşler nedeniyle yemek saatlerini kaçırmaktadırlar. Tutuklulardan ayrılırken kendilerine 4 paket kuru bisküvi, 2 paket kuru kahvaltılık gevrek, bir paket kuru çorba ve iki paket sallama çay içeren öğle yemeği paketi verilse de, hücrelerinden mahkemeye götürülmeden sadece 5 dakika önce kendilerine sıcak su verildiğinden çorbayı ve çayı içecek zamanları olmamaktadır. Duruşmalar esnasında da başvuru yanlarında su bulundurmamak yasaklanmış ve başvuru tuvaleti kullanma istekleri devamlı reddedilmiş, bu durum fiziksel acı çekmelerine neden olmuştur. Ağustosta başvuru yemek, su, dinleme ve uyku yetersizliğinden fenalaştığı için duruşma salonuna iki kez ambulans çağırılmış, ancak her iki seferde de durumları duruşma için uygun görülmemiştir.

Hükümet ise bu iddialara cevaben özetle mahkemeye ulaşım koşullarının son derece uygun olduğunu, araçların devamlı bakımdan geçtiğini, tutuklu başvuru gerekli imkânların sağlandığını savunarak buna ilişkin bilgi ve belgeleri mahkemeye sunmuş ve iddiaları reddetmiştir.

#### **d. Hüküm ve temyiz süreci**

17 Ağustosta Rus Ceza Kanununun ilgili hükümleri uyarınca başvurular bölge mahkemesince suçlu bulunmuşlardır. Buna göre başvurular, dini nefret ve düşmanlık nedeniyle holiganlık ve belli bir sosyal gruba yönelik nefret suçunu işlemekten, bir grup halinde tasarlayarak ve iştirak halinde hareket ettikleri gerekçesiyle ikişer yıl hapis cezasına mahkûm edilmişlerdir. Mahkemeye göre başvuruların yer seçimi ve katedral kurallarını bariz şekilde görmezden gelmeleri onların Ortodoks inançlı kişilere yönelik düşmanlığını göstermektedir ve o esnada katedralde bulunan kişilerin dini inançları rencide edilmiştir. Mahkeme, başvuruların, eylemlerinin dini değil politik amaç güttüğü yönündeki iddiasını reddetmiş ve performansları esnasında herhangi bir politik söylemde bulunmadıklarını ifade etmiştir. Kararda özellikle yer olarak katedralin seçilmesinin ve bu mekanda başvuruların spesifik eylemlerinin gerekçe olarak vurgulandığı görülmektedir.

Mahkemenin kararı katedralde bulunan ya da bulunmamakla birlikte videoları izleyen kişilerin tanık ifadelerine ve çeşitli dinlerin temsilcileri tarafından yapılan açıklamalar ile başvuruların aleyhine olan üçüncü uzman görüşüne dayanmıştır. Mahkemeye göre son alınan rapor usulüne uygun ve detaylı, temellendirilmiş ve bilimsel açıdan yeterli bir raporken, ilk iki rapor usule ve yasaya uygun olmadığından dikkate alınmamıştır. Dolayısıyla son rapor hükme esas alınarak ayrıca herhangi bir araştırma ya da görüşe gerek olmadığı belirtilmiştir.

28 Ağustosta başvuruların avukatları temyize başvurmuşlar, 2 gün sonra ilk başvuru ek bir başvuruda bulunarak özellikle avukatlarıyla özel olarak görüşmemeleri nedeniyle kararın bozulmasını talep etmiştir. Temyiz talepleri reddedilerek karar kesinleşmiş, üst derece mahkemesi avukatlarla özel olarak görüşmeme meselesine ise değinmemiştir.

Sırasıyla Aralık 2013'te ilk iki başvuru ve Ocak 2014'te de üçüncü başvuru genel affa uğramışlardır.

Eş zamanlı olarak kamu denetçisi tarafından ve üçüncü başvuru tarafından ayrıca yapılan denetleme incelemesi talepleri işleme konulsa da farklı bir sonuç doğurmamıştır.

### **e. Video kayıtlarının “radikal” olarak nitelendirilmesine ilişkin süreç**

Başvurucular *Punk Duası – Bakire Meryem, Putin’i Uzaklaştır* şarkısını Yelokhovo’daki Epiphany Katedrali’nde söyledikleri video kaydını internete yüklemişlerdir. 26 Eylül 2012’de bir Duma üyesi, başsavcıdan videoları araştırarak videoların yayılmasını durdurmasını ve bu videoları içeren web sitelerine erişimi engellemesini talep etmiştir.

Bu talep sonucunda 2 Kasım’da videoyu içeren 4 web sitesinin “radikal” olduğunu tespit etmesi için savcı mahkemeye başvurmuş ve içerikleri nedeniyle bu sitelere erişimin engellenmesini talep etmiştir. O esnada henüz serbest olan üçüncü başvuru durumdan medya aracılığıyla haberdar olunca grubun bir üyesi olarak verilecek bir mahkeme kararının kendisini doğrudan ilgilendirdiği gerekçesiyle katılan sıfatıyla müdahillik talebinde bulunmuş, mahkeme ise bu talebi özetle başvurunun bahse konu materyalin yayılmasında bir rol oynadığı söylene-meyeceğinden, katılmakta menfaati olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir.

Başvurucu bu karara itiraz etmiş, itirazı reddedilmiştir. Başvurucunun bu ret kararına temyiz talebi de usul kuralları gerekçe gösterilerek reddedilmiş, ancak kararda başvurunun itirazlarını davanın esasına ilişkin hükme karşı temyiz talebinde ileri sürebileceği belirtilmiştir. Bu esnada mahkeme mevzu bahis web sitelerinin radikal olduğunu tespit ederek kamu yararı, anayasal düzen, kamu düzeni gibi gerekçelerle bu sitelere erişimi engellemiştir. Üçüncü başvuru bu kararı da temyiz etmiş, ancak üst derece mahkemesi başvurunun bu temyiz talebinin esasını incelememiştir.

## **B. Başvurucuların İddiaları**

### **1. Madde 3 İhlali İddiası Bakımından**

Başvurucular, mahkemeye ve tutukevine ulaşım koşullarının Rusya’da standart olduğunu ve buna karşı etkili bir iç hukuk mekanizması bulunmadığını belirtmişlerdir. Hükümetin ulaşım koşullarıyla ilgili iddialarını yalanlamışlardır.

Başvurucular duruşmalar esnasında içinde tutuldukları cam bölmenin metal kafesten farklı olmadığını belirterek İHAM’ın metal kafesi m.

3'e aykırı bulduğunu hatırlatmışlardır. Duruşmada bulundurulma koşullarının kendilerini tehlikeli suçlular gibi gösterdiğini, bu önlemlerin kendi güvenlikleri için alındığı iddialarının ise kabul edilemeyeceğini savunmuşlardır. Bu koşulların ve cam bölmedeki kısıtlamaların avukatlarıyla özel olarak ve serbestçe iletişim kurmalarını engellediğini, ayrıca masumiyet karinesini de ihlal ettiğini ifade etmişlerdir. Üçüncü başvuru ayrıca hüküm okunurken cam bölmede olmasına rağmen üç saat boyunca bileklerine kelepçe takıldığını ve bunun bileklerini şişirerek acıttığını belirtmiştir. Başvuruculara göre, şiddete eğilimli olduklarını gösterir bir geçmişi olmadığına göre, kendilerine yönelik bu muameleler m. 3 ihlali için aranan "minimum ağırlık eşliğine" ulaşmıştır.

## **2. Madde 5 § 3 İhlali İddiası Bakımından**

Başvurucular şikâyetlerini sürdürerek tutuklanmalarını gerektirecek bir sebep olmadığını savunmuşlardır. Ek olarak üçüncü başvuru polise kendini yanlış tanıttığının avukatının yanlış yönlendirmesinden kaynaklandığını belirtmiştir. Ancak zaten anlaşılan o ki soruşturmacı en başından beri üçüncü başvuru kimliğinden haberdardır, dolayısıyla üçüncü başvuru, kimliğini gizlediği gerekçesiyle tutuklanmasının dayanaksız olduğunu ifade etmiştir.

## **3. Madde 6 İhlali İddiası Bakımından**

Başvurucular, duruşma esnasında avukatlarıyla serbest ve özgür şekilde iletişim kuramamaları nedeniyle savunma haklarının etkin şekilde dolandırıldığını ve üçüncü uzman görüşüne etkili şekilde itiraz etmek imkânından mahrum bırakıldıklarını savunmuşlardır. Ayrıca başvuru göre, duruşmadan önce avukatlarına kendilerini tutukevinde ziyaret etme izin verildiği yönündeki savunma yanıltıcıdır. Zira başvurularının esasını avukatlarıyla duruşma esnasında serbest ve özel şekilde iletişim kuramamaları oluşturmakta, bunun temelinde de özellikle cam bölme, mahkemeye taşınma koşullarının sebep olduğu bitkinlik ve duruşmaların zamanlaması bulunmaktadır.

## **4. Madde 10 İhlali İddiası Bakımından**

Başvurucular performansları nedeniyle yargılandıkları için aleyhle-

rindeki cezai sürecin ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini savunmuşlardır. Başvuruculara göre mahkemeler şarkılarının açık bir politik mesajı olduğunu görmekte veya müdahalenin ölçülülüğünü değerlendirmekte başarısız olmuştur. Haklarındaki hüküm keyfidir ve yetersiz delillere dayanmaktadır.

Başvurucular, Christ the Saviour Katedrali'ni seçtiklerini, çünkü Rus Ortodoks Kilisesi Piskoposu'nun politik bir konuşma için bu katedrali kullandığını belirtmişlerdir. Piskopos konuşmasında protestoları eleştirerek Putin'e açık destek vermiştir. Başvurucular, şarkılarında resmi yetkilerini kullanma şekilleri nedeniyle resmi ve dini görevlileri eleştirdiklerini ve demokratik bir toplumdaki yüksek önemi nedeniyle Sözleşme nezdinde politik söylemin en yüksek seviyede koruma altında olduğunu savunmuşlardır.

Başvurucular ayrıca eylemlerinin Ortodoks inançlıları rencide ettiği yönündeki mahkeme kararının, performanslarının sadece bir buçuk dakika sürdüğü ve o esnada katedralde çalışan altı kadar kişi tarafından görüldüğü gerekçesiyle dayanaktan yoksun olduğunu savunmuşlardır. Olayın aşırı kısa süresi, hiçbir ayını bölmediği gerçeği ve çok az sayıda kişinin olaya şahit olması olayın bir suç değil kabahat olarak nitelendirilmesini gerektirirdi. Başvuruculara göre mahkemenin vardığı sonuç olayın esasına değil video kayıtlarındaki görüntülere dayanmıştır. Son olarak başvurucular, haklarında verilen hapis cezasının ağır biçimde orantısız olduğunu belirtmişlerdir.

## **C. Mahkemenin Değerlendirmesi**

### **1. Hükümetin İlk İtirazları Yönünden**

#### **a. Başvuru tarihi**

Hükümet, başvurucuların avukatlarının 19 Haziran 2012 tarihli başvuru mektubunun gerekli dokümanları içermediği gerekçesiyle geçerli bir başvuru olarak kabul edilmemesi gerektiğini savunmuştur. Ayrıca 19 Ekim 2012'de başka bir avukat tarafından gönderilen başvuru mektubunun da sadece üçüncü başvuru adına olduğunu, üçüncü başvurucuyu tüm başvurucular adına hareket etmeye davet edenin Mahkeme olduğunu belirterek, 6 aylık başvuru süresinin her bir başvuru yönünden ayrı ayrı incelenmesini talep etmiştir.

Mahkeme, 19 Haziran 2012'de üç başvuru adına vekilleri tarafından düzenlenmiş ve madde 3, 5, 6 ve 10 ihlali iddialarını içeren bir başvuru mektubu almış, daha sonra 21 Ağustosta gelen bir mektupla aynı vekiller ilk mektuptaki şikâyetlerini daha da detaylandırmışlardır. Sonrasında üçüncü başvuru adına farklı bir avukat tarafından 29 Ekimde başvuru mektubu gönderilmiş, Mahkeme cevaben bu avukata sadece üçüncü başvurucuyu mu yoksa tüm başvurucuları mı temsil ettiğini sormuştur. Avukat, tüm başvurucuları temsil ettiği yönünde cevap vermiştir. Sonrasında başvurucular bu avukatla birlikte iki farklı avukat adına daha vekâletname sunmuşlar ve bu avukatlar başvurucular lehine Mahkeme'ye bildirimde bulunmayı sürdürmüşlerdir.

Mahkemeye göre, başvurucuların süreç içerisinde avukatlarını değiştirmeleri, ilk avukatlar tarafından yapılan başvurunun geçerliliği yönünde herhangi bir etkiye sahip değildir. Dolayısıyla Mahkeme, başvuruya konu ihlal iddiaları bakımından 19 Haziran 2012'yi başvuru tarihi olarak kabul etmekte olup, bu tarih Mahkeme kurallarına uygundur. Ayrıca ilk iki başvuru, 29 Temmuz 2013 tarihli yeni bir başvuru ile video kayıtlarına erişimin engellenmesi ile ilgili olarak ek m. 10 ihlali öne sürmüşlerdir. İlk iki başvuru bakımından da bu başvurunun tarihi olarak 29 Temmuz 2013 kabul edilmektedir.

## **b. Avukatla temsil**

Üçüncü başvuru, avukatını azlettikten sonra Hükümetin cevaplarına gözlemlerini avukat aracılığıyla değil bizzat sunmuştur. Hükümet buna itiraz etse de, davanın görüldüğü bölüm başkanı tarafından üçüncü başvurucuya gözlemlerini sunması için izin verildiğinden, Hükümetin bu itirazı reddedilmiştir.

## **2. Madde 3 İhlali İddiası Yönünden**

Kabul edilebilirlik yönünden Hükümet her ne kadar başvurucuların ulaşım ve tutukluluk koşulları ile ilgili iddiaları bakımından iç hukuk yollarını tüketmediğini iddia etse de, Mahkeme önceki içtihadı ile Rus hukuk sisteminin bu noktada etkili bir çare sağlamadığını tespit ettiğinden ve Hükümet Mahkeme'nin bu davada farklı bir sonuca ulaşmasını sağlayacak bir kanıt sunmadığından, Hükümetin bu itirazı reddedilmiş ve başvuru kabul edilebilir bulunmuştur.



### **a. Mahkeme ile tutukevi arasındaki ulaşım koşulları**

Mahkeme m. 3 ile ilgili genel prensipler yönünden *Idalov v. Rusya* kararına atıf yapmakla yetinir. Bu genel ilkeler ışığında somut olaya bakılırsa; İşkencenin Önlenmesi Avrupa Komitesi, boyutu 0.4, 0.5 ve hatta 0.8 metrekare olan bireysel bölmelerin yolculuk ne kadar kısa olursa olsun bir kişinin taşınması için uygun olmadığını belirtmiştir. Başvurucuların taşındıkları araçlarda tutuldukları alan ise 0.37 metrekareden 0.49 metrekareye kadar olup, ortak alanlar ise kişi başına 1 metrekareden daha az bir yere denk gelmektedir.

Mahkeme, başvurucuların bu zor koşullara günde iki kere, bir ayı aşan tutukluluk boyunca otuz seferden fazla ve mahkemeye giderken 35 dakikadan 1 saat 20 dakikaya, mahkemedən dönerken ise 20 dakikadan 4 saat 20 dakikaya kadar süreyle maruz kaldığını görmüştür.

Mahkeme daha önce de Rusya'da başvurucuların mahkeme ile tutukevi arasındaki ulaşım esnasında maruz kaldıkları koşullar yönünden ihlal kararı vermiş, bu başvuruda da Hükümet Mahkeme'ye aksi yönde karar vermesini sağlayacak bir kanıt sunmamıştır. Bu itibarla Mahkeme yerleşik içtihadından ayrılmaya gerek görmemiştir. Somut olayda başvurucuların mahkeme ile tutukevi arasındaki ulaşım koşulları minimum ağırlık eşliğini aşmış ve m. 3 anlamında insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele boyutuna varmıştır [Mahkeme başvurucuların bu başlık altındaki diğer iddialarını incelemeye gerek görmemiştir].

Bu itibarla m. 3 ihlal edilmiştir.

### **b. Duruşmalar esnasındaki muamele**

Madde 3 anlamında kötü muamelenin, belli bir minimum ağırlık eşğine ulaşması gerekir. Bu bağlamda Mahkeme, duruşma salonlarında düzeni ve güvenliği sağlamak için alınacak önlemlerin, ağırlıkları ya da mahiyetleri itibariyle m. 3 kapsamına girmelerine neden olacak boyutta olmaması gerektiğini vurgulamıştır. Yine Mahkemeye göre savunma makamının cam bölmeler ardında tutulması tek başına minimum ağırlık eşğine ulaşmasa da, başvurucuların tutulma şekilleri, bir bütün olarak göz önünde bulundurulduğunda, onlara tutukluluğa ilişkin kaçınılmaz acı çekme seviyesini aşacak bir yoğunlukta acı ve strese neden oluyorsa, bu eşğe ulaşılmış olur.

Mahkeme başvuruların cam bölme ardında tutulmasının minimum ağırlık eşiğine ulaşıp ulaşmadığını anlamak için başvuruların tutulma koşullarını bir bütün olarak incelemelidir. Mahkeme, cam bölmenin başvurulara yeteri kadar kişisel alan sağlamadığı konusunda yetersiz delile sahip olsa da, bölmenin çevresinin devamlı silahlı polislerle, mübaşirlerle ve bekçi köpeğiyle çevrili olduğunu not eder.

Hükümet her ne kadar bu önlemlerin başvuruların güvenliği ve duruşma salonunun asayişi için alındığını savunsa da, başvuruların duruşmanın düzenini bozacaklarını gösterir herhangi bir beklenti olduğuna dair bir iddiada bulunmadığı gibi güvenlik önlemlerinin başvuruların eylemleri nedeniyle alındığı gibi bir iddia da öne sürmemiştir. Ayrıca sunulan fotoğraflardan görüldüğü kadarıyla bir kişi hariç bölmenin etrafındaki tüm polis memurları ve mübaşirler yüzlerini başvurulara dönmüşlerdir. Mahkeme için bu, duruşma salonundan ziyade başvuruların izlendiğini göstermesi yönünden yeterli bir kanıttır. Bu muamele başvuruları rahatsız edici, onlar açısından gerginlik yaratıcı bir durum oluşturmuş olmalıdır ve ayrıca başvurular bu konuşlanma nedeniyle avukatlarının masasından da ayrı kalmışlardır. Ayrıca köpeğin duruşma salonundaki varlığına ilişkin de Hükümet bir açıklama yapmış değildir.

Duruşmaların ulusal ve uluslararası medya tarafından da yakinen takip edildiği ve başvuruların bu koşullar altındayken devamlı kamunun gözü önünde olduğu da düşünülürse, duruşma salonundaki koşulların m. 3 ihlali için aranan minimum ağırlık seviyesine ulaştığı kanaatine varılmıştır.

Bu nedenle m. 3 ihlal edilmiştir.

### **3. Madde 5 § 3 İhlali İddiası Yönünden**

Başvuruların tutuklanma tarihleri göz önünde tutulursa Mahkeme nezdinde m. 5 § 3 yönünden yapılacak inceleme için dikkate alınacak tutukluluk süresi ilk başvuru için 5 ay 14 gün, ikinci başvuru için 5 ay 15 gün ve üçüncü başvuru için 5 ay 2 gündür.

Mahkeme şu ana kadar tutukluluk ve tutukluluğun uzatılması kararının ezbere formüllere dayandırılması, kişilerin özel durumları veya alternatif önleyici önlemler dikkate alınmadan, suçlamaların ağırlığı

göz önünde bulundurularak bu kararların verilmesi nedeniyle Rusya'ya karşı pek çok ihlal kararı vermiştir. Rusya'daki yetkililerin kısa süreli tutukluluklar için bile yeterli gerekçe gösteremeyerek m. 5 § 3'ü ihlal ettiğine hükmetmiştir.

Somut olayda da Hükümet Mahkeme'yi aksi yönde karar vermeye ikna edecek bir materyal sunabilmiş değildir. Bu nedenle, Mahkeme'ye göre, spesifik olgulara dayanmayarak ya da alternatif önleyici önlemleri dikkate almayarak yetkililer, başvuru sahiplerinin tutukluluğunu "ilgili" olmakla birlikte başvuru sahiplerinin beş aydan fazla tutuklanması için "yeterli" sayılmayacak gerekçelere dayanarak uzatmışlardır.

Bu nedenle m. 5 § 3 ihlal edilmiştir.

#### **4. Madde 6 İhlali İddiası Yönünden**

Hükümet yine iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemezlik iddiasında bulunsa da, başvuruya konu hususlar ilk başvuru tarafından temyiz başvurusunda öne sürülse de incelenmemiştir. Mahkeme, ikinci ve üçüncü başvuru sahibinin yapacağı herhangi bir başvurunun da farklı sonuç doğurmayacağını gördüğünden, bu itirazı reddetmiştir.

Başvuru sahiplerinin şikâyetleri m. 6 § 1 ile m. 6 § 3'ün birlikte incelenmesini gerektirmiştir. Buna göre, öncelikle m. 6 § 3 yönünden başvuru sahiplerinin avukatlarıyla serbestçe ve özel olarak iletişim kuramaması hususu incelenecektir.

Başvuru sahiplerinin olayında, her ne kadar cam bölme duruşma salonunun devamlı bir unsuru olsa da, bölme ile başvuru sahiplerinin avukatlarının masasının arası devamlı polis memurları ve mübaşirlerle dolu olmuştur. Mahkeme, duruşma salonundaki ayarlamaların m. 6 ile sağlanan korumaları ihlal edebileceğini ve suçlanan kişinin sürece etkin şekilde katılarak etkili ve pratik hukuki yardım almasını engelleyebileceğini hatırlatarak, suçlanan kişinin üçüncü bir kişi tarafından duyulma riski olmaksızın serbestçe avukatı ile iletişim kurabilmesinin demokratik bir toplumda adil yargılanmanın en temel gerekliliklerinden biri olduğunu vurgular. Zira aksi halde avukat yardımının bir manası kalmaz. Mahkeme her ne kadar özellikle ceza davalarında güvenlik amaçlı alınması gereken önlemlerin öneminin farkında olsa da, bu önlemler suçlanan

kişinin avukatıyla iletişimini ancak mutlaka gerekli olduğu ölçüde ve davanın teşkil ettiği risklerle orantılı olarak sınırlandırabilir.

Adil yargılanmanın unsurlarına uygun ve suçlanan kişinin savunma haklarını koruyacak önlemleri duruşma salonunda almak ulusal makamların görevidir. Somut olayda belirli herhangi bir güvenlik riski ya da duruşma salonu düzeni sorunu alınan önlemleri gerektirmiş olmayıp bu önlemler rutindir. İlk derece mahkemesi söz konusu ayarlamaların başvuru sahiplerinin savunma haklarını ihlal ettiğinin üzerinde durmamış veya bu ihlalleri azaltacak bir girişimde de bulunmamıştır. Bu koşullar bir aydan fazla süren duruşmalar süresince devam etmiştir ve bu durum, yargılamanın adilliğini olumsuz yönde etkilemiş olmalıdır.

Başvuru sahiplerinin ilk derece mahkemesinin yargılama sürecine etkin şekilde katılma ve pratik ve etkili avukat yardımı alma hakkı sınırlandırılmıştır ve söz konusu sınırlamalar gerekli olmadığı gibi ölçülü de değildir [Mahkeme başvuru sahiplerinin bu başlık altındaki diğer iddialarını incelemeye gerek görmemiştir].

Bu nedenle m. 6 §§ 1 ve 3(c) ihlal edilmiştir.

### **5. Madde 10 İhlali İddiası Yönünden (21 Şubat 2012 Tarihli Katedral Performansı Nedeniyle)**

Madde 10 anlamında bir müdahalenin meşru sayılabilmesi için hukuk tarafından öngörülmesi, m. 10 § 2'de öngörülmüş meşru amaçlardan birini gütmesi ve demokratik bir toplumda gerekli olması, yani güdülen amaçla orantılı olması gerekir. Bu çerçevede, ifade özgürlüğüne ilişkin genel prensipler çerçevesinde Mahkeme önce bir "ifade" olup olmadığını, bu ifadeye yönelik bir "müdahale" olup olmadığını ve son olarak da müdahalenin hukuka uygunluğunu araştıracaktır.

Sanatsal ifade özgürlüğü, Mahkeme içtihadına göre, ifade özgürlüğünün kültürel, politik ve sosyal her türlü bilgi ve düşüncenin kamuda karşılıklı değiş tokuşuna imkân sağlayan bir parçasıdır. Sanat eserlerini yaratan, icra eden, yayan veya sergileyenler demokratik bir toplum için elzem bir faaliyet olarak, fikirlerin ve görüşlerin değiş tokuşuna katkıda bulunurlar. Bu nedenle Devletlerin bir eser sahibinin ifade özgürlüğünü uygunsuz şekilde ihlal etmeme yükümlülüğü vardır.

Mahkemeye göre fikirler, sanatsal çalışmaların iletimi aracılığıyla olduğu gibi davranışla da ifade edilebilir. Örneğin Parlatentonun yanında belli bir süre kirli kıyafetlerin sergilenmesinin, “ulusun kirli çamaşırları”nı temsil edecek anlamda kullanılması politik bir ifade şekli olarak kabul edilmiştir. Yine Atatürk'ün heykelleri üzerine boya atılması mevcut rejime yönelik bir tepki olarak değerlendirilmiştir.

Mevcut olayda ise bir punk grubunun üyeleri, süregiden politik süreçte tepki olarak katedralde kendi şarkılarını söylemek istemişlerdir. Görünürlük kazanmak için de medyayı ve gazetecileri davet etmişlerdir. Bu haliyle, başvuruçular tarafından “performans” olarak nitelendirilen eylem, Mahkeme'ye göre davranışsal ve sözel ifadenin bir karışımını oluşturur ve bu haliyle m. 10 tarafından korunan bir tür sanatsal ve politik ifade teşkil eder.

Başvuruçuların yukarıdaki eylemler nedeniyle cezai takibata maruz kalması ve yargılanarak hüküm giymesi, ifade özgürlüklerine bir müdahale teşkil eder. Bu müdahalenin hukuka uygun olup olmadığına gelirse;

Mahkeme, ifade özgürlüğüne müdahalenin hukuka uygunluğu bakımından ilk kriter olan “hukuk tarafından öngörölme” kriterini incelemeyi burada gerekli görmemekte, başvuruçuların iddialarını esasen müdahalenin orantılılığı yönünden incelemeyi isabetli bulmaktadır. Bu nedenle Mahkeme bu soruyu cevapsız bırakarak, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını incelerken başvuruçuların argümanlarına işaret edecektir.

İkinci olarak, başvuruçuların eylemlerinin bir katedralde gerçekleştirildiği düşünülürse, müdahalenin başkalarının haklarını koruma şeklinde meşru bir amaç güttüğü kabul edilmektedir.

Demokratik bir toplumda gerekli olup olmama sorusu bakımından, Mahkeme özellikle müdahalenin güdülen meşru amaçlarla orantılı olup olmadığını ve ulusal makamların müdahale için sundukları gerekçelerin “ilgili ve yeterli” olup olmadığını araştırmalıdır. Özellikle de şiddet içermeyen eylemlerin hapis cezası ile karşılandığı durumlarda Mahkeme dikkatli ve titiz bir inceleme yapmalıdır.

Mahkeme, başvuruçuların eylemlerinin ülkede hâkim politik duruma ve Rus Ortodoks Kilisesi'nin bu konudaki duruşuna karşı bir tepki

niteliğinde olduğu konusuna vatandaşların ve Kilisenin dikkatini çekme amacı güttüğünü not ederek, bu konuların kamu yararını ilgilendirdiğini belirtir. Başvurucuların eylemleri bu anlamda Rusya'daki politik tartışmaya katkıda bulunmuştur. Mahkeme, m. 10 § 2 bağlamında kamu yararına olan politik söylem ve tartışmalara yönelik sınırlamanın çok dar yorumlandığı konusundaki yerleşik içtihadını hatırlatır. Buna göre politik tartışmaların sınırlanmasının meşru kılınması için Mahkeme çok güçlü gerekçeler aramaktadır.

Bununla birlikte ifade özgürlüğünün özellikle belli yerlerde kullanılması – halkın serbestçe girdiği bir yer gibi – belli kurallara uyulmasını gerektirebilir. Somut olayda başvurucuların performansı bir katedralde gerçekleşmiştir ve bu performansın bir ibadet yerindeki alışılmış davranış kurallarını ihlal ettiği kabul edilebilir. Dolayısıyla bu durumda başka kişilerin haklarını korumak için belli müdahaleler haklı görülebilir, ancak bu noktada da başvurucuların daha önce Yelokhovo Epiphany Katedrali'nde aynı şarkıya ilişkin performansları hakkında bir işlem yapılmadığını da hatırlatmak gerekir.

Somut olayda ise başvurucular derhal suçlanarak hapis cezasına çarptırılmış ve affa uğramadan önce cezanın büyük kısmını çekmişlerdir. Olayda başvurucuların eylemleri herhangi bir dini ayini bölmüş değildir, olay yerinde kimseye fiziksel bir zarar verilmediği gibi kilise malında da bir zarara sebep olunmamıştır. Bu koşullar altında Mahkeme, başvuruculara yönelik cezanın eylemleri bağlamında çok ağır olduğu sonucuna varmıştır. Bu aşamada mesele, yerel mahkemelerin bunu meşrulaştırmak için “ilgili ve yeterli” sebep sunup sunmadığıdır.

Yerel mahkemelerin mevzubahis şarkının sözlerini incelemeyip, sadece başvurucuların davranışları üzerinden hüküm kurmaları dikkate değerdir. Mahkemeler özellikle başvurucuların dış görünüşü ve fiziksel hareketleri üzerinde durarak tüm bu hususların Ortodoks inancına saygısızlık olduğu sonucuna varmış, bu görüşünü de başka inançların temsilcilerinin görüşleri ile desteklemiştir. Nihayetinde de mahkemelerce, başvurucuların eylemlerinin büyük bir grup insanın hislerini rencide ettiği ve aşağıladığı sonucuna varılarak eylemlerin dini nefret ve düşmanlığa dayandığına hükmedilmiştir.

Mahkeme davaya konu sözlü veya sözlü olmayan ifade biçimlerinin düşmanlık, nefret, hoşgörüsüzlük içerip içermediğini incelerken çeşitli

faktörleri göz önüne alır. Bunlardan birisi, söz konusu ifadenin gergin bir politik ya da sosyal zemine karşı yapıp yapılmadığı olup, eğer böyle bir durum varsa Mahkeme belli bir müdahaleyi meşru görür. Bir diğer faktör, söylemlerin, makul şekilde yorumlanmaları ve ilk ya da geniş bağlamları nezdinde doğrudan ya da dolaylı bir şiddet çağrısı olarak veya şiddeti, nefreti ya da hoşgörüsüzlüğü meşru kılar nitelikte görülüp görülemeyeceğidir. Bu faktör bakımından özellikle bütün bir etnik, dini grubu ya da diğer grupları olumsuz gösteren genel söylemlere karşı Mahkeme oldukça hassas davranmaktadır. Mahkeme ayrıca, söylemlerin yapıldığı şekle ve doğrudan ya da dolaylı şekilde zararlı sonuçlar doğurma potansiyeline de dikkat etmektedir. Yapılan değerlendirmelerde varılan sonuçlar, tek bir faktörün tek başına ele alınmasındansa farklı etmenler arasındaki ilişkiye dayandığından, Mahkeme'nin esasında bağlam özelinde inceleme yaptığını belirtmek gerekir. (Mahkeme tarafından kararda da atıf yapılan, benzer prensipleri içeren rapor için bkz. Irkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu Genel Politika Önerisi no. 15)

İfade özgürlüğü kapsamında “Sanatsal ifade, sanatın şiddeti, ayrımcılığı ya da düşmanlığı teşvik etmeksizin güçlü duygular uyandırma amacıyla kullanılabilmesi de gözetilirse, sanatsal değeri ve bağlamı çerçevesinde değerlendirilmelidir (Raportör Frank La Rue, Irkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu Genel Politika Önerisi no. 15).” Ayrıca ifade özgürlüğünün korunmasına ilişkin uluslararası standartlar uyarınca, bu özgürlüğe yönelik cezai yaptırımlar ancak nefrete teşvik durumlarında söz konusu olabilir. Yine, herhangi bir dine karşı saygı duyulmadığının gösterilmesinin yasaklanması, öngörülen istisnalar dışında, Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesine aykırıdır.

Bu çerçevede, somut olayda gerçekleştirilen eylem, tüm unsurları dikkate alındığında bazı insanlara ve özellikle kiliseye gidenlere saldırganca gelmiş olabilir de, Mahkeme kendi içtihadı ve uluslararası ilkeler uyarınca yerel mahkemelerin yaptığı incelemede başvuruçuların davranışlarının dini nefreti teşvik ettiğine yönelik bir bulguya rastlamamıştır. Yerel mahkemeler performansın bağlamına hiç değinmediği gibi başvuruçuların eyleminin şiddeti, nefreti ya da hoşgörüsüzlüğü teşvik eder nitelikte olup olmadığını araştırmamıştır. Yine söz konusu eylemlerin zararlı sonuçlar doğurup doğurmayacağı da yerel mahkemelerce incelenmiş değildir.

Mahkeme'ye göre başvuruçuların eylemleri şiddet unsurları içermediği gibi, şiddeti, nefreti ya da inananlara hoşgörüsüzlüğü tahrik etmemiş ya da meşru göstermemiştir. Mahkeme, barışçıl ifade şekillerinin hapis cezası tehdidinde maruz bırakılmaması gerektiğini tekrar eder ve ifade özgürlüğüne yönelik cezai yaptırımların bu özgürlüğü etkisiz bırakabileceğini vurgular ki bu husus, müdahalenin orantılılığını değerlendirirken göz önünde bulundurulması gereken bir unsurdur.

Bu itibarla, Mahkeme, inançlıların haklarını korumak amacıyla başvuruçuların eylemlerine karşı belli tepkilerin olabileceğini kabul etse de, yerel mahkemelerin başvuruçulara verilen mahkûmiyet kararını ve hapis cezasını meşru kılmak için "ilgili ve yeterli" sebepler sunamadığı ve dolayısıyla yaptırımların güdülen meşru amaçla orantılı olmadığı sonucuna varmıştır.

Bu nedenle, m. 10 ihlal edilmiştir.

## **6. Madde 10 İhlali İddiası Yönünden (Performansın Video Kayıtlarına Erişimin Engellenmesi Nedeniyle)**

### **a. Kabul edilebilirlik yönünden**

Kabul edilebilirlik yönünden Mahkeme'nin öncelikli olarak vurgulaması gereken husus, videolara erişimin engellendiği tarih olan 29 Kasım 2012'de sadece üçüncü başvuruçucu serbest olduğundan, her ne kadar yasak başvuruçuların üçünü de eşit şekilde etkilemiş olsa da söz konusu karara karşı bir iç hukuk yoluna başvurabilecek olan tek kişinin üçüncü başvuruçucu olduğudur. İlgili yasalarda da erişimin engellenmesi kararının taraflara tebliği gibi bir husus öngörülmediğinden, ancak kararı basın yoluyla öğrenen üçüncü başvuruçucu harekete geçebilmiştir, kaldı ki onun da girişimleri başarısız olmuştur.

Bunun üzerine üçüncü başvuruçucu, katılma talebinin reddi yönünden değil, esas yönünden temyiz talebinde bulunarak yasağı kaldırtmaya çalışmıştır. Bu esnada ilk iki başvuruçucu halen tutuklu olduklarından bu sürece katılamamışlardır. Üçüncü başvuruçucunun katılma talebinin reddi kararı kesinleşmiş ve kendisi bu konuda Mahkememiz nezdinde bir başvuruda bulunmamış, bunun yerine ilk iki başvuruçucu bu konuya ilişkin olarak Mahkememize ayrıca başvurmuşlardır. Söz konusu başvuru, üçüncü başvuruçucunun esas yönünden temyiz talebinin reddinden



sonraki 6 ay içinde, ancak yasaklama kararının üzerinden 6 ay geçtikten sonra yapılmıştır.

Mahkeme, 6 ay kuralı ile ilgili içtihadını tekrar ederek, iç hukuk yollarının tüketilmesi gereken ve sonuç verebilecek nitelikte olup olmadığı ve iç hukuk yollarını tüketmesinin başvuru beklenip beklenemeyeceğinin araştırılması gerektiğini tekrar eder. Bu çerçevede üçüncü başvuru, video kayıtlarının yasaklanmasına karşı makul başarı şansı olan iç hukuk yollarını tüketmiştir. İlk iki başvuru ise, üçüncü başvuru girişimlerinin en azından ilk safhalarında tutukludurlar. Mahkeme, her üç başvuru durumunun aynı olduğu göz önünde tutulursa, üçüncü başvuru sonuç vermeyen çabalarının ilk iki başvuru tarafından tekrar tekrar denenmesinin de farklı bir netice doğurmayacağı kanaatindedir. Nitekim m. 35 § 1'deki kural belirli bir esneklikle ve aşırı şekilcilikten kaçınarak uygulanmalıdır.

Dolayısıyla özetle, iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı aynı işlemlerin gereksiz tekrarını gerektirecek şekilde anlaşılamayacağından, Mahkeme birinci ve ikinci başvuru süresi içinde başvuruda bulunduğu kanaatine varmış, bu itibarla Hükümetin itirazlarını reddetmiştir.

## **b. Esas yönünden**

Mahkeme, m. 10'a ilişkin ihlal iddialarını incelediği ilk kısımdaki prensiplere atf yapar.

Başvuruların performansını içeren videoların radikal olarak nitelendirilerek yasaklanmasının bir müdahale teşkil ettiği açıktır. Bu müdahalenin hukuka uygunluğu, m. 10§2'ye uygunluğu yönünden incelenmelidir.

Söz konusu müdahalenin hukuk tarafından öngörülmüş olup olmadığı ilgili Rus kanunları nezdinde tartışılabilir olsa da, Mahkeme burada asıl görevinin müdahalenin orantılılığını incelemek olduğu kanaatindedir. Bu nedenle Mahkeme bu soruyu cevapsız bırakarak, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını incelerken başvuruların argümanlarına işaret edecektir.

İkinci olarak, müdahalenin başkalarının ahlaki değerlerini ve haklarını koruma şeklinde meşru bir amaç güttüğü kabul edilmektedir.

Müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığına gelince, Mahkeme politik söylemle ilgili olarak yukarıda değindiği ilkeleri tekrarlar. Mahkeme'ye göre, yerel mahkemenin videoları radikal olarak değerlendirirken yaptığı inceleme yetersizdir. Öncelikle, anlaşılan o ki videoların radikal olarak nitelendirilmesi sonucunu doğuran kritik hukuki değerlendirmeler mahkeme tarafından değil, dilbilim uzmanları tarafından yapılmıştır. Mahkeme raporu değerlendirmek yerine doğrudan raporda varılan sonucu benimsemiş görünmektedir. Görüldüğü kadarıyla söz konusu rapor amacını ve işlevini aşmış ve hukuki değerlendirmelerde bulunmuştur ve Mahkeme bu hususu kabul edilemez bulmakta, tüm hukuki meselelerin yalnızca mahkemeler tarafından çözülmesi gerektiğini hatırlatarak vurgulamaktadır.

İkinci olarak yerel mahkemenin kendisi video materyalinin herhangi bir analizini yapmamıştır. Eylemlerin ilgili yasa uyarınca radikal sayılmasına neden olan unsurlar açıklanmamıştır. Yerel mahkeme yalnızca uzman raporunun ilgili kısımlarını alıntıyla yetinmiş, kendisi herhangi bir muhakemede ya da gerekçelendirmede bulunmamıştır. Yerel mahkemece sunulan nedenlerin yetersiz olduğu ve m. 10'daki kriterleri sağlamadığı görülmüş, Mahkeme yerel mahkemenin mevzubahis müdahale için "ilgili ve yeterli" gerekçe sunmadığı kanaatine varmıştır.

Mahkeme ayrıca ilk iki başvurucunun söz konusu yargılama sürecinin hiçbir aşamasına katılmadıkları ve aleyhlerine hususlara itiraz etme imkânı bulamadıkları, üçüncü başvurucunun iç hukuk nezdindeki girişimlerinin de sonuçsuz kaldığı hususunu not eder. Başvurucuların söz konusu yargılama sürecine katılmaması onlara münhasır olmaktan ziyade esasında iç hukuktaki ciddi bir eksiklikten kaynaklanmaktadır ve Mahkeme iç hukuk yolundaki böyle bir eksiğin m. 10 ile uyumlu olmadığı kanaatindedir.

Sonuç olarak, Mahkeme, başvuruculara ait video materyalinin radikal olarak nitelendirilmesinin ve bunlara erişimin engellenmesinin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamadığı ve güdülen meşru amaçla orantılı olmadığı kanaatine varmıştır. Dolayısıyla müdahale, demokratik bir toplumda gerekli değildir.

Bu nedenle, m. 10 ihlal edilmiştir.<sup>1</sup>

1 Madde 3 ve performans nedeniyle cezai yargılamadan kaynaklı m. 10 ihlali iddiası hariç tüm ihlallere oybirliğiyle karar verilmiş, karara karşı bir adet kısmi karşı oy görüşü yazılmıştır.

## Yayın İlkeleri

- 1- Suç ve Ceza Dergisi, Türk Ceza Hukuku Derneği tarafından (TCHD) üç ayda bir yayımlanan hakemli bir dergidir.
- 2- 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 kelimedenden oluşan Türkçe yazılmış özeti ile birlikte, yayımlanabilir.
- 3- 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 tercümelere için uygulanmaz.
- 4- 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.
- 5- Yazılar Microsoft Word (Microsoft Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında (.doc veya.docx dosya uzantılı olarak) yazılmış olmalıdır.
- 6- 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.

- 7- Yazının sonunda "Kaynakça" bölümü bulunmalı ve makalede atf yapılan eserlerin listesine atf yapılan yazarın soyadına göre alfabetik sırayla yer verilmelidir.

- 8- Yayın Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayım ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
- 9- 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.
- 10- Hakemli yayımlanması talep edilmeyen yazıların hakem incelemesinden geçmesi zorunlu değildir.
- 11- 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](http://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.
- 12- 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 yayım değerlendirme listesine alınacaktır.
- 13- 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](mailto:bilgi@tchd.org.tr)