

SUÇ VE CEZA

CEZA HUKUKU DERGİSİ

NİSAN
MAYIS
HAZİRAN
2010

SAYI

2

TOHD

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
Prof. Dr. Köksal Bayraktar

Editör
Genel Yayın Yönetmeni
Fikret İlkiz

Sorumlu Müdür
Prof. Dr. Yener Ünver

Yayın Kurulu
Prof. Dr. Duygun Yarsuvat / Prof. Dr. Köksal Bayraktar
Prof. Dr. Durmuş Tezcan / Prof. Dr. Yener Ünver
Doç. Dr. Ümit Kocasakal / Yard. Doç. Dr. Barış Erman
Arş. Gör. Dr. Pınar Memiş / Arş. Gör. Gülşah Kurt Yücekul
Av. Fikret İlkiz / Av. Elif Yarsuvat / Av. Mustafa Tırtır
Av. Aysun Dalkılıç / Av. İlkan Koyuncu

Copyright Türk Ceza Hukuku Derneği
• Türk Ceza Hukuku Derneği yayınıdır
• Üç ayda bir yayınlanır

Abone Bilgisi
Cemile Meral
0212/511 54 32 Dahili: 112

İletişim Adresi
Türk Ceza Hukuku Derneği
Nuruosmaniye Cd. No: 56 K: 4 Cağaloğlu/İSTANBUL
Tel.: 0212/513 11 71

Basım Yeri
Kahraman Ofset Neşriyat San. Tic. Ltd. Şti.
Yüzyıl Mah. Matbaacılar Cad. No:34/4 Atahan-Yüzyıl-Bağcılar/İSTANBUL
Tel.: 0212/629 00 01

Basım Tarihi
Ekim 2010

İçindekiler

Prof. Dr. Köksal Bayraktar	IV	Hakemli Dergi Suç ve Ceza ve Ulakbim
Prof. Dr. Yener Ünver	1	Alman Hukukunda Alkollü Araç Kullanma Suçları ve Türk Hukuku'nda Alkol veya Uyuşturucu Madde Etkisiyle Emniyetsiz Biçimde Araç Kullanmak Suçu (TCK. m. 179/3)
Yrd. Doç. Dr. Zeynel T. Kangal	33	Türk Ceza Hukuku'nda Evrensellik İlkesi
Helge Elisabeth Zeitler Çev. Dr. R. Barış Erman/ Stj. Av. Pelin Ener	45	Çevre Ceza Hukuku
Av. Aslı Bayındır	55	Türk Ceza Kanunu'nda Düzenlenen Bilişim Suçları
Av. Serdar Mermut/ Av. Osman Berk Alpaslan	107	"Bilişim Sistemlerinin Kullanılması Suretiyle Haksız Çıkar Sağlama" Suçu İle İlgili Bir Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararının İncelenmesi
Guy Stessens Çev. Av. Yasemin Antakyalıoğlu Av. Ömer Bayraktar	141	Kara Para Aklama Suçu
Daniel Fontanaud Çev. Av. Aysun Dalkılıç	153	Örgütlü Suçlar
Stj. Av. Nil Melek Gültekin	159	AİHM m.5 Kapsamında İngiltere ve Türkiye'de Terör İle İlgili Mevzuatlar ve Bunlara İlişkin AİHM Kararları
Daniel Fontanaud Çev. Stj. Av. Tuğçe Başarır	181	Nakit Dışındaki Ödeme Araçlarında Yapılan Kaçakçılık ve Sahtecilik İle Mücadele
Stj. Av. Merve Turanlı	187	Türk Hukuku'nda Yeni Bir Kurum: Mobbing
	199	Türk Ceza Hukuk Derneği Sulhi Dönmezer Ödülü Yönergesi
	205	Suç ve Ceza (Crimen E Poena) Ceza Hukuku Dergisi Yönergesi

HAKEMLİ DERGİ SUÇ VE CEZA VE ULAKBİM

Türk Ceza Hukuku Derneği'nin yayını olan Suç ve Ceza Dergisi'nin bu sayısı, bir çağrı niteliğini taşımaktadır. Suç ve Ceza Dergisi'nin ULAKBİM Veri Tabanları Dergi Takip Sistemi'ne kaydı onaylanmıştır. Suç ve Ceza Dergisi bu sayısından itibaren hakemli dergi olma özelliği ile ULAKBİM Veri Tabanları Komiteleri tarafından dergi değerlendirme kriterleri doğrultusunda değerlendirilecektir. Bundan böyle genç bilim adamlarının, yargıçların, cumhuriyet savcılarının, avukatların, hukukçuların yapacakları çalışmalar, aynı bilim dalında belirli bir olgunluğa gelmiş kişilerin incelemesinden geçirilerek yayınlanacaktır.

Türk Hukuku'nda son on yılda giderek yerleşmiş "Hakemli Dergi" olma hareketi, bilimsel çalışmaların farklı kişiler tarafından değerlendirilmesi, irdelenmesi, uygun bulunması anlamını taşıdığı gibi, genç bilim adamlarının bir çeşit "Referansı" olarak kabul edilmekte ve genç cezacıların "Akademik" alanda gelişmelerini sağlayıcı unsur olmaktadır. Çağrı biçimindeki nitelememiz de bu özellikten kaynaklanmaktadır. Ceza hukuku alanında ilerlemek için gece gündüz çalışan bilim adamlarına sayfalarımızı açarak, onların bilimsel yetkinliklerinin doğrulanması yönünde bir çaba içine böylece girmekteyiz.

Sevinçle tekrarlayalım ki; hakemli dergi olma yönündeki girişimimiz Türk ceza hukuku bilim adamlarına dergimizi bütünü ile açma anlamını taşımaktadır. Gerçekten Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi (ULAKBİM), son yıllarda Türkiye'de bilimin birikiminin sağlanması yönünden çok önemli bir kuruluştur. İşte Türk Ceza Hukuku Derneği, Suç ve Ceza Dergisi'nin hakemli dergi olma özelliğinin yanı sıra, ULAKBİM'e de girme hazırlıklarını tamamlamış bulunmaktadır.

Suç ve Ceza Dergisi'nin 199. sayfasında da Dönmezer Ödülü Yönetmeliği yayınlanmaktadır. Türk Ceza Hukuku Derneği'ni kuran, hepimizi yetiştiren, Türkiye'de çağdaş ceza hukukunun temellerini atan Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönemezer ile ilgili ölümünden bu yana her yıl 10 Şubat'ta anma törenlerini düzenliyoruz. Bu törenlerde de ceza hukuku alanında önemli bir çalışmaya ödül vermekteyiz. Bu sayımızda yayınlanan Yönerge ile Dönmezer Ödülü belirli kurallara bağlanmakta ve kurumlaşmaktadır. Ödül jürisinin vereceği karar ile her yıl belirli bir

alanda ya da konuda önemli eserlerin ortaya çıkması sağlanacaktır. Derneğimiz böyle bir etkinliği bugüne kadar düzenlemiş olmaktan ve bundan sonra da belirli kurallar içinde yaşatmaktan onur duymaktadır.

Dergimiz, bu sayı ile onuncu sayısını yayınlamaktadır. Her sayıda olduğu gibi amacımız, Türk Ceza Hukuku'nu makalelerle, çevirilerle, kitap ve mahkeme kararı incelemeleri ile geliştirme ve zenginleştirmektir. Bir derneğin bu gibi etkinliklerde bulunabilmesi sadece amacın erdemi ve yüceliği ile mümkün olabilmektedir. Hepimiz bu ilkeye sığınıyoruz.

Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR

Alman Hukukunda Alkollü Araç Kullanma Suçları ve
(Al. CK. prg. 315a, 315c ve 316)
Türk Hukukunda Alkol veya Uyuşturucu Madde
Etkisiyle Emniyetsiz Biçimde Araç Kullanmak Suçu
(TCK. m. 179/3)

Prof. Dr. Yener Ünver*

A - ALMAN HUKUKU

Çalışmada önce Al. CK.nun konuyla ilgili hükümleri incelenecek, ardından Alman yargı kararları hakkında bilgi verilecek ve daha sonra ise, Türk hukukuna ilişkin değerlendirmelerde bulunulacaktır.

Alman CK'nda alkollü araba sürme eylemi ile ilgili olarak, konuyu doğrudan düzenleyen özel hükümler **Alman CK'nun 315c ve 316. paragraflarıdır.**

Konuyla ilgili olarak Alman hukukundan yaralanmak için dikkate almamız gereken üçüncü hüküm ise, benzer bir suçu düzenleyen **Al. CK'nun 315a paragrafıdır.**

1) ALMAN MEVZUAT VE ÖĞRETİSİ

Alman Ceza Kanunu prg. 316 (**İçkili vaziyette trafikte araç kullanma**):

- (1) Her kim, alkol içeren içecek içtiği veya diğer sarhoş edici maddeler kullandığı için, **güvenli bir şekilde araç kullanabilecek durumda olmadığı halde, trafikte bir araç sürerse, fiil 315a veya 315c maddeleri uyarınca cezalandırılmıyorsa**, bir yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır.
- (2) Fiili taksirle işleyen kişi de, 1'inci fıkraya göre cezalandırılır.

Trafikte içkili olmayı suç olarak düzenleyen Al. CK.nun 316. paragrafı, trafik güvenliğini korumayı amaçlayan bir soyut tehlike suçudur.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Çünkü bu suçta, ne zarar ne de tehlike suç tipinin ihlal objesine (maddi konuya) dahil değildir.

Bu suçla asli olarak karayolu trafiğinin güvenliği korunurken, ayrıca trafiğe katılan kimselerin yaşamı, sağlığı, malvarlığı güvenliği de korunmaktadır. Al. CK. prg. 316 ile Alman Karayolları Trafik Kanunu'nun 24. paragrafı birlikte incelendiğinde, 315c paragrafı ile 316. paragrafın uygulanma alanına ilişkin bazı sınırlandırma sorunlarına karşılık, genelde kanda 0,5-1,1%0 promil oranındaki alkol tespit edilen haller bu paragraf kapsamında sürme güvensizliğinin varlığı olarak kabul edilmektedir¹.

Alman Ceza Kanunu prg. 315c (**Karayolu trafiğini tehlikeye düşürme**):

(1) Her kim,

1. a) **alkol içeren içecek içmiş olduğu veya sair sarhoş edici maddeler kullanması nedeniyle** veya

b) **ruhi veya bedensel özrü nedeniyle,**

bir taşıtı güvenli olarak kullanacak durumda olmamasına rağmen, karayolu trafiğinde bir araç kullanır, veya

2. trafik kurallarına ağır bir şekilde aykırılık teşkil eder biçimde ve başkalarının durumunu göz önüne almaksızın,

a) yol üstünlüğü hakkına riayet etmez,

b) hatalı sollama yapar veya sollama esnasında sair kurala aykırılık yapar,

c) yaya geçitlerinde kurallara uymaz,

d) ilerisi görülmeyen yerlerde, kavşaklarda, tali yoldan ana yola çıkışlarda veya demir yolu geçişlerinde aracını çok hızlı sürerse,

e) ilerisi görülmeyen yerlerde yolun sağ şeridinden gitmezse,

f) oto yollarda veya bölünmüş yollarda dönüş yapar, geri gider veya sürüş yönünün ters yönünde ilerler veya bunlara teşebbüs eder veya

¹ SCHÖNKE-SCHRÖDER (Cramer/Sternberg-Lieben), Strafgesetzbuch, 27. Auflage, 20007, prg. 315c, Rn. 1. Ayrıca karş. BVerfG NJV 05, sh: 350; Bay NJW 68, sh: 1733.

- g) trafik güvenliği açısından gerekli olmasına rağmen, duran veya hareketsiz kalan araçları yeterli uzaklıktan algılanabilecek bir şekilde işaretlemeyen,

ve bu şekilde diğer bir insanın vücudu veya hayatı açısından tehlike yaratır veya önemli değer taşıyan, başkasına ait eşyayı tehlikeye düşürürse, beş yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır.

- (2) 1'inci fıkranın 1 numaralı bendine giren hallerde, teşebbüs cezalandırılır.
- (3) 1'inci fıkraya giren hallerde,
1. tehlikeye taksirle sebebiyet veren, veya
 2. taksirli davranışta bulunan ve tehlikenin doğmasına taksirli olarak sebebiyet veren kişi,
- iki yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır.

Alman CK. prg. 315c'deki suçla **korunması amaçlanan hukuksal değer**, öncelikle *karayolu trafiğinin güvenliğidir*. Bu hukuksal değer yanında ayrıca, *münferid bireyin yaşam ve beden dokunulmazlığı ve üçüncü kişilerin malvarlığıdır*².

Bu suçlarda suçun oluşumu açısından "**tehlike unsuru**" olarak, maddede belirtilen biçimde alkollü olmak ya da benzeri bir madde veyahut maddede belirtilen diğer bir nedenden dolayı "**bir taşıtı güvenli olarak kullanacak durumda olmamasına rağmen**" ayrıca maddede belirtilen belirli türdeki davranışları sergilemek ve tüm bunlar yanında da "**diğer bir insanın vücudu veya hayatı açısından tehlike yaratır veya önemli değer taşıyan, başkasına ait eşyayı tehlikeye düşürmek**" unsuru düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere Alman CK. prg. 315c'deki suç tipinin ihlali için, TCK'ndan farklı olarak, suçun işlenmiş sayılabilmesi için, yapılan davranışlarla meydana getirilen bu tehlikenin *somut bir tehlike* olması zorunludur. Yani, bu suç bir somut tehlike suçudur³.

2 LACKNER, Karl-KÜHL, Kristian. Strafgesetzbuch mit Erläuterungen., 24. neu bearbeitete Auflage, München 2001, sh: 1169.

3 LACKNER-KÜHL, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, sh: 1169.

Alkol vs. ile miktarı kadar bunun doğurduğu tehlikenin bu niteliğinin de saptanması gerekmektedir. **Buradaki tehlike, “genel tehlike”den farklı bir şeydir.** Tehlike, somut koşullara göre, gerçekleştiğinde bir zararın doğmasına yol açacak alışılmışın dışında bir durumdur. Burada aranan tehlike, belirtilen tipik hareketin belirtilen türde bir neticeyi meydana getirebilme tehlikesidir. Yargı organları uygulamasında, gerçekleşmesi uzak bir ihtimal de, bu suç anlamında bir tehlike olarak kabul edilmemektedir. Doğal olarak, bir zararın meydana gelmesi de aranmaktadır. Daha çok, tüm koşullar külli olarak değerlendirildiğinde, belirli insanların veya eşyaların tehlike alanındaki ihlalle tehdit edici yakınlıkta olması gerekli ve yeterli bulunmaktadır⁴.

Ayrıca alkollü olma hali ile sebebiyet verilen tehlike arasında mutlaka bir nedensellik (illiyet) bağının bulunması şarttır. **Burada öncelikle dikkat edilmesi gereken husus, sürücünün sürme yeteneği açısından güvensizliğin (emniyetsizliğin), alkol veya uyuşturucu madde alınmasından kaynaklanması gerektiğidir.** Bunlar dışındaki madde veya yiyecek, örneğin diğer ilaçların alınmasının yol açtığı sürme güvensizliği hali bu suç kapsamında değildir⁵. Bu maddelerin vücuda alınması gerekir. Bu maddelerin vücuda alınmasının mutlaka oral yolla (ağızdan) olması gerekli değildir⁶.

Diğer yandan, ilgili paragraflarla cezalandırılan şey, alkollü araba kullanmak veya alkollü bir durumda araba sürmenin oluşturmuş olduğu *soyut tehlike* değil, alkollü durumun, paragrafta yazılan birçok mevcut sebepten sadece birisi olsun, **somut bir illî tehlikeye sebep olmuş olmasıdır.**

“Sürme - araç kullanma unsuru”ndan anlaşılan şey, arabanın kişi tarafından harekete geçirilmesi veya hareket halindeki arabanın (örneğin yokuş aşağı kendiliğinden giden veya itilen veya çekilen) arabanın yönlendirilmesidir. Alman Federal Yüksek Mahkemesi’ne göre, bir kimsenin

4 LACKNER-KÜHL, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, sh: 1178-1179.

5 Bkz. SCHÖNKE-SCHRÖDER (Cramer/Sternberg-Lieben), Strafgesetzbuch, 27. Auflage, 20007, prg. 315c, Rn. 4-19. Ayrıca bkz. BGH VRS 53, sh: 356; Hamm NJW 67, sh: 1522; BGH VRS 16, sh: 28; Köln NZV 89, sh: 358.

6 SCHÖNKE-SCHRÖDER (Cramer/Sternberg-Lieben), Strafgesetzbuch, 27. Auflage, 20007, prg. 315c, Rn. 4-19.

315c paragrafındaki suçu işleyebilmesi için, karayolu trafiğinde *bizzat araç kullanması* gerekir. Bu kullanmak kavramı, trafiğe katılmak kavramından daha dar ve failin bedensel olarak trafiğe doğrudan doğruya katılması biçiminde anlaşılmaktadır. Fail aracı hareket ettirmelidir. Çünkü, bu yaklaşıma göre, duran bir araç Al. CK.nun 316. maddesinin önlenmek istediği soyut tehlikeyi doğurmaz⁷.

Bu suç tipinde belirtilen **karayolu**, herkesin tek başına veya gurup halinde katılabileceği yerlerde olan, sürekli veya geçici olarak kullanıma açık **trafik** tir. Bununla birlikte alışveriş mağazalarının önündeki alanlar, süpermarketlerin park yerleri ve birçok konutun araç kullanımına tahsis edilen ortak kullanım alanları da bu alana dahildir. Buna karşılık, sadece bir konuta ait avlu, caddeden ayrılmış boş alan ve bir feribotun arabaya ayrılmış kısmı bu alana dahil değildir⁸.

Suçun oluşumu için, failin bir aracı **kullanması-idare etmesi gereklidir**. Kullanmak/idare etmek, bir aracı hareket ettirmek veya durdurmak demektir. Motorunu çalıştırmadan vites boшта iken bir süre gitmesini sağlamak, itirmek eylemi, keza motor yardımı olmakla birlikte beden kuvvetiyle hareket ettirmek, direksiyonu çevirmek, frene basmak gibi hareketler sınırdan olmakla birlikte, sürme/kullanma olarak kabul edilmektedir. Buna karşılık, bir bisikleti üzerinde oturmadan elle ittirerek götürmek, aracın kendiliğinden hareket etmesini önlemek için tedbir almamak gibi vakalar bu kapsamda kullanmak-idare etmek olarak kabul edilmemektedir⁹.

Aracı çalıştırma ve yönlendirme mekanizması dolayısıyla, sürme-idare etme için, kural olarak icrai bir hareketin yapılması gerekir. **Bu hareketin failin güvenli (emniyetli) sürme yeteneğinin bulunmadığı bir durumda yapılması gerekir**. Bununla birlikte, bu suç **kesintisiz/mütemadi bir suç** olarak kabul edilmemektedir; fiilin somut tehlikeye yol açması yeterlidir¹⁰.

Burada kullanılan şey bir **araç** olacak ve **karayolu trafiğinde kullanılacaktır**. Araçtan kasıt, mutlaka motorlu araç olmayıp, bisiklet vb. araç-

7 Hamm NJW 84, sh: 137. Ayrıca bkz. BGH 35, sh: 137.

8 LACKNER-KÜHL, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, sh: 1170.

9 LACKNER-KÜHL, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, sh: 1170.

10 LACKNER-KÜHL, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, sh: 1170-1171.

lar da bu kapsamda kabul edilmektedir. Buna karşılık ayağa veya ayak-kabıya takılarak kişinin bizzat kullandığı (*kay kay, scooper* gibi) şeyler, çocuk arabası, motorsuz tekerlekli ayakkabı, Skate-Boardlar esasen kullanılış tarzına göre trafikte bazen motorlu araçların hızına ulaştığı için bu kapsamda görülebilecek iken, bu suç kapsamında araç olarak kabul edilmemektedirler. Buna karşılık, hastanın bizzat kol gücü veya motor-bateri ile çalışan hasta (tekerlekli) sandalyeleri bu suç kapsamında araç olarak kabul edilmektedirler¹¹.

Bir kimsenin bu suçu işleyebilmesi için, tek başına veya birisiyle birlikte trafik aracını işletmesi, **tamamen veya kısmen kamusal trafik alanında sürmesi gerekir**¹². Trafikte kullanılan aracın motorla veya başka bir güçle çalışması burada rol oynamamaktadır, önemli olan, aracın tekerleklerinin dönmesinin motordan veya dışarıdan uygulanan bir güçle dönmeye başlamasıdır¹³. Bu nedenle, sürmeye hazır bir aracın sürücü mahallinde direksiyon başında bulunmak, sürücü mahallinde veya bagajda uyumak veya dinlenmek ya da kontak anahtarını çevirmek tipik eylemin tamamen gerçekleştiğini kabul için yeterli sayılmamaktadır¹⁴. Ancak, bu belirtilen durumlarda **suça teşebbüsten** söz edilir ve özel hüküm gereğince (Al. CK. prg. 315), fail bu suça teşebbüsten cezalandırılır¹⁵.

Suçun failinin özel düzenlenişi dolayısıyla, kural olarak **failin bizzat kendisinin aracı kullanması gerekir**. Eğer fail belirtilen nitelik ve koşullarda bir aracı başkasına kullandırırorsa, bu durumda azmettirme veya suça yardım iştirak türleri dikkate alınacaktır.

Bu suçun manevi (sübjektif) unsuru kasttır. Suç tipinin objektif bütün unsurlarının ve bu bağlamda tehlikenin kasten gerçekleştirilmesi şart olup, şartlı kast veya olası kastın varlığı yeterlidir. Aracın kullanılması ve bununla bağlantılı olarak meydana getirilen tehlikenin kasten gerçekleştirildiği, failin bunun bilincinde olduğu ispatlanmalıdır. Kişinin hare-

11 SCHÖNKE-SCHRÖDER (*Cramer/Sternberg-Lieben*), Strafgesetzbuch, 27. Auflage, 20007, prg. 315c, Rn. 5.

12 Bkz. SCHÖNKE-SCHRÖDER (*Cramer/Sternberg-Lieben*), Strafgesetzbuch, 27. Auflage, 20007, prg. 315c, Rn. 20-23. Aynı yönde: BGH 18, sh: 8 vd. ve 35, sh: 393.

13 BGH 14, sh: 185; BGH 35, sh: 394

14 BGH 35, sh: 190. Bay DAR 67, sh: 142; Bay VRS 48, sh: 207; Köln NJW 64, sh: 2026.

15 BGH 18, sh: 6. Celle NJW 65, sh: 1773 Koblenz NJW 65, sh: 1926.

ketleriyle kendisini tehlikeye sokması, kastını ortadan kaldırmaz. Suç tipi somut suç tehlike suçu olduğu için, meydana getirilen tehlikenin de somut olması, failin de somut bir tehlikeyi meydana getirdiğini-getirebileceğini öngöresi gerekir¹⁶.

Araçın belirtilen durumda sürülmesi kasten işlenebilen bir suç ise de, **315c paragrafının 3. fıkrası bu suçun taksirle işlenebileceği hali düzenlemektedir**. Bilinçli veya bilinçsiz taksirle tipik davranışlar yapıldığında, bu 3. fıkra hükmü uygulanacaktır. Araç kullanmak güvensizliği (emniyetinin yokluğu) bilincinde olmaksızın direksiyona geçen ve aracı bu şekilde kullanarak diğer hukuksal değerleri tehlikeye sokan kişinin bu hareketinin büyük bir haksızlık doğurduğu kabul edilmektedir¹⁷.

Bu paragraflardaki can alıcı önemdeki temel nokta, **arabayı emniyetli şekilde sürme yetkisinin/yeteneğinin** hangi durumda ortadan kalktığının tespit edilmesidir.

Alman Hukukunda, **emniyetli araç kullanma yeteneğinin yokluğu**, sürücünün bütün (küllü) haldeki hareket yeteneğinin fiziki veya psikolojik bir nedenle o kimsenin karayolunda araç kullanma yeteneğini ve aniden önüne çıkan bir engel, trafikteki güç anlarda ani manevra yapma yeteneğini ortadan kaldırması halinde kabul edilir. Şüphesiz sürücünün harekette bulunmak yeteneği içilen alkolün miktarı, zaman, hız, sürücünün bedensel özellikleri, yaşı, sağlık durumu, alınan maddenin miktarı vs. gibi birçok farklı etkene bağlıdır¹⁸.

Burada somut olay önemli olup, mutlak ve nisbi sürme yeteneksizliğinin tespiti gerekir. Her ne kadar **Alman Karayolları Trafik Kanunu'nun 24a maddesi bir düzenleme içermekte** ise de, örneğin uyuşturucu maddelerin ne zaman kullanıldığı ve uyuşturucu maddelerle birlikte başka bir maddenin alınıp alınmadığı da bu yeteneği etkilemektedir¹⁹.

16 **SCHÖNKE-SCHRÖDER** (Cramer/Sternberg-Lieben), Strafgesetzbuch, 27. Auflage, 2007, prg. 315c, Rn. 41.

17 Bu konudaki tartışmalar için bkz. **SCHÖNKE-SCHRÖDER** (Cramer/Sternberg-Lieben), Strafgesetzbuch, 27. Auflage, 2007, prg. 315c, Rn. 42.

18 **SCHÖNKE-SCHRÖDER** (Cramer/Sternberg-Lieben), Strafgesetzbuch, 27. Auflage, 2007, Rn. 4-19. Ayrıca bkz. BGH 13, sh: 83; BGH 19, sh: 244; BGH 21, sh: 160 vd.

19 **LACKNER-KÜHL**, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, sh: 1171.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi, bu noktada, tıbbî-fizyolojik tecrübelerden yola çıkarak belirli karinelerle çözüme ulaşmaktadır. Şöyle ki:

- 1) **MUTLAK** sürüş yeteneksizliği
- 2) **NISBİ** (göreceli) sürüş yeteneksizliği

a) Mutlak Araç Kullanma Yeteneksizliği (sürüş güvensizliği)

Mutlak sürme güvensizliği kavramı altında, alkolün somut olaydaki etkisi değil, ulaşılan genel sınırlardaki kabul edilemezlik anlaşılır. Bu kavram altındaki durumda, sürme güvenliği ortadan kalkmıştır. Belirtmek gerekir ki, Alman yargı uygulamasında, mutlak sürme güvensizliğinin sınırlarının belirlenmesi sürekli farklı biçimlerde tespit edilmiştir²⁰.

Araba (aynı şekilde motosiklet) kullanımında, 1,1 promil sınırı aşıldığı takdirde, **mutlak bir sürüş yeteneksizliği (güvensizliği)**nin varlığı kabul edilmektedir (bu bisiklet sürücülerinde 1,6 promil olarak kabul edilmektedir). Mutlak sürüş yeteneksizliği, aksinin ispatı mümkün olmayan ve fizyolojisi nasıl olursa olsun herkes için geçerli bir **kesin karine**-dir: 1,1 promil (1 promil + 0,1 promil ihtiyat payı).

Kanda alkol tespitinde 0,5 promil ile 1,0 arasında alkole bağlı sürme yeteneksizliği kabul edilmekle birlikte, 0,3 promilden itibaren bu sürüş yeteneksizliğinin varlığı (başka bir şeye bakmadan) kabul edilmez²¹.

Ancak belirttiğim gibi, mutlak surette güvenli araç kullanma yeteneksizliği unsurunun tespitine ilişkin yargı uygulamasında, belirtilen durumda aksinin ispatı mümkün bir karinenin değil, *aksinin ispatı mümkün olmayan* bir **faraziyenin** varlığı kabul edilmektedir. **Alman Federal Yüksek Mahkemesi**, 1,1 promil ve üstünde alkol veya aynı etkiyi yapan diğer bir maddenin alınması durumunda, sürücünün kesin sürüş yeteneksizliğinin bulunduğunu kabul etmekte ve karşı bir delili kabul etmemektedir²².

Kesin sürüş yeteneksizliğindeki **sınır değerlerin tespiti**, doğa bilimlerinin tecrübe verilerinin değerlendirilmesine dayanmaktadır. 1990

²⁰ Öğreti ve yargı uygulaması için bkz. **SCHÖNKE-SCHRÖDER** (*Cramer/Sternberg-Lieben*), Strafgesetzbuch, 27. Auflage, 20007, prg. 315c, Rn. 8-12.

²¹ **LACKNER-KÜHL**, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, sh: 1172.

²² **LACKNER-KÜHL**, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, sh: 1172.

yılında, alkol araştırmaları ve ölçme metodlarının güvenliğindeki gelişmeler nedeniyle sınır, Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nce 0,2 olarak tespit edilmişti²³. 1,0 promilden sonra her sürücünün sürme yeteneğini kaybettiği kabul edilmekle birlikte, bunun kandaki alkol tespiti yöntemleriyle yapılması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Burada önce 1,0 promil ve daha sonra da 0,15 promilin ilave güvenlik için bu değerlere eklenmesi gerektiği ve böylece standart sapmalardan kaynaklanan olumsuz tespitlerin önüne geçileceği öne sürülmüştür²⁴.

Sınır değerinin tespiti açısından ilke olarak **fiil anı** önemlidir. Ancak öğretilerde, fiil anında kanında bir miktar alkol bulunan kimsenin fiil anında bu değerlere ulaşmamakla birlikte, *daha sonra bu değerlerin sınır miktara ulaşması halinde* de sürme yeteneksizliğinin bulunduğu kabul edilmelidir²⁵.

b) Nısbî (göreceli) Güvenli Araç Kullanma Yeteneksizliği (sürüş güvensizliği)

Yukarıda belirtilen sınırın altındaki durumlarda, yani sınır değerlere ulaşılamamış olan olaylarda, **nısbî (göreceli) güvenli araç kullanmak yeteneksizliği** mevcuttur²⁶.

Bu durumda sürüş yeteneksizliğinin kabul edilebilmesi için, örneğin **emniyet şeridinden gitmek, çok ciddi oranda yüksek hızla araç kullanmak, hız sınırlarına dikkat etmemek, nedensiz şerit değiştirmek, ani savrulmalar, alkol nedeniyle olan kaza benzeri bir kazanın olması²⁷, zikzak sürüşler, yoldan çıkışlar, bariz kural ihlalleri vs. gibi ek emarelerin** tespiti-ne ihtiyaç bulunmakta ve netice olarak **genel bir değerlendirme yapılması** şart koşulmaktadır. Bu tespit incelemesinde belirtilerin izole edilerek tek tek değerlendirilmemesi, tümünün **külli olarak değerlendirilmesi** gerekir.

Doktrinde fiil anında belirtilen sınır değerinin saptanamamasına karşılık ilgili kimsenin kanında alkol veya benzeri madde bulunması du-

23 BGHSt 37, sh: 89. Karş. VerfG NJW 95, sh: 125.

24 LACKNER-KÜHL, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, sh: 1173.

25 LACKNER-KÜHL, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, sh: 1173.

26 Öğreti ve yargı uygulaması için ayrıca bkz. SCHÖNKE-SCHRÖDER (Cramer/Sternberg-Lieben), Strafgesetzbuch, 27. Auflage, 2007, prg. 315c, Rn. 13.

27 LACKNER-KÜHL, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, sh: 1174.

rumunda da nisbî sürüş yeteneksizliğine ilişkin değerlendirme biçiminin kabulü gerekir²⁸.

Bu ek emare değerlendirmesinde alınan alkol miktarı, kişinin alkole hassaslık ve bunun oranı, alkolün içilmesi hızı, beraberinde alınan yiyecek miktarı, gün içinde ne zaman içildiği, trafikteki davranış, sürme biçimi, kokuya dayalı hissiyat ile ilgili kişinin fiilden önce ve sonrasındaki davranışı birer emare (belirti) olarak kabul edilmektedir²⁹.

Nefes kontrolü suretiyle elde edilen değerler Almanya'da şimdiki kadar yeterince güvenilir bir yöntem olarak kabul edilmemiştir. Bu tür tespitlerde kullanılan araçların standartı için sıkı kuralların bulunmasına rağmen, olası ölçüm güvensizliği nedeniyle güvenilir bulunmamıştır. Nitekim bu nedenle uygulamada yalnızca 0,55 veya üzeri mg/l promil alkol nedeniyle mahkumiyeti, reddetmiştir³⁰.

Sınır değerinin tespiti açısından bir bilirkişinin yardımına ihtiyaç vardır³¹.

Burada da **0,3 promilden daha az bir promilin söz konusu olduğu durumlarda, şüpheden sanık yararlanır** ilkesinden yola çıkarak, belirtilen miktardaki alkolün sebep olunan tehlikeyle bağlantısının olmadığı kabul edilmektedir.

Yani **0,3 ilâ 1,1 promil arası nisbî,**

1,1 promilden yukarısı ise *mutlak* sürüş yeteneksizliği olarak kabul edilmektedir.

Sürme yeteneğinin kaybolması ile alkol, uyuşturucu madde veya diğer bir maddenin alınması arasında nedensellik bağının olması gerekir³².

Yine **nisbî sürüş yeteneksizliğinde dikkat edilmesi gereken diğer bir husus ise, alkollü olma** ile sebep olunan *tehlike* arasında da **nedensel**

28 LACKNER-KÜHL, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, sh: 1174.

29 LACKNER-KÜHL, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, sh: 1172.

30 Yargı kararları ve literatür için bkz. LACKNER-KÜHL, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, sh: 1175.

31 Nefes ve kan tahliline dayalı tespitler ve ek incelemeler için bkz. SCHÖNKE-SCHRÖDER (Cramer/Sternberg-Lieben), Strafgesetzbuch, 27. Auflage, 20007, prg. 315c, Rn. 17-19.

32 LACKNER-KÜHL, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, sh: 1171.

(illî) bir bağıın bulunması gerekliliği, yani örneğin 0,3 promilin üzerinde alkollü olan kişinin sürüş yeteneksizliğinin ispatı için aranan ek emareler konusunda, alkolsüz olan birinin de yapacağı bir trafik hatası belirtilen anlamda bir ek emare oluşturmamaktadır.

Burada dikkat edilmesi gereken önemli bir husus, mutlak ve nisbi araç kullanmak güvensizliği ayırımı, alkol veya uyuşturucu maddenin alınma derecesi veya yoğunluğu değil, alınan bu madde(ler) dolayısıyla sürme yeteneğindeki güvensizliğin derecesinin (sürme yeteneği güvenlik kalitesinin) kastedildiğidir³³.

Belirtmiş olduğum **promil sınırları**, ilgili paragraflardaki **suçların maddî unsuru değildir**. Bu noktada daha ziyade, bu suçların bir unsuru olan “*sürüş yeteneksizliği*” unsurunun varlığını ispat için başvuru ispat yöntemleri söz konusudur.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi trafik güvenliğini tehlikeye sokacak biçimde araç kullanmak suçuna teşebbüs değerlendirmesinde, **suça teşebbüsün varlığı için, yalın tehlike kastının yeterli olmadığı ve en azından şartlı zarar vermek kastının varlığını aramak gerektiği düşüncesindedir**³⁴.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, hareket ile tehlike neticesi arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Tehlikenin tipik hareketten kaynaklanması veya en azından olaya karışan diğer kimseler yanında tipik hareketin de tehlikenin doğmasına katkısının olması gerekmektedir.

Ayrıca bu tehlikenin somut bir tehlike olması ve başka bir kişinin yaşam veya sağlığı ya da üçüncü şahsa ait bir malvarlığı değeri hakkında olması gerekir³⁵. Hareket sonrası doğan tesadüfi bir tehlike bu açıdan yeterli olmadığı gibi, suçun koruma alanı dışında bir trafik kuralının ihlalinin yol açtığı bir tehlike de bu anlamda bir tehlike değildir³⁶.

33 SCHÖNKE-SCHRÖDER (Cramer/Sternberg-Lieben), Strafgesetzbuch, 27. Auflage, 2007, prg. 315c, Rn. 7; BGH 31, sh: 44.

34 BGH 4 StR 373/09 - Beschluss vom 3. November 2009 (LG Frankfurt am Main). Karş. BGHSt 48, sh: 233 ve 237.

35 SCHÖNKE-SCHRÖDER (Cramer/Sternberg-Lieben), Strafgesetzbuch, 27. Auflage, 2007, prg. 315c, Rn. 33.

36 LACKNER-KÜHL, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, sh: 1180.

Hareketin tehlikeye sebebiyet verdiği bir olayda, bu hareket olmasaydı dahi tehlike meydana gelecek idi ise, klasik görüşe göre bir nedensellik bağından söz edilemez. Buna karşılık, fiilin objektif isnadiyeti öğretisine göre ise, bu durumda nedensellik bağı bulunmakla birlikte, fiilden kaynaklanan sorumluluk faile yüklenemez.

Şüphesiz bu tehlike, ancak sürmeye başlandıktan sonra ortaya çıkan tehlike olmalıdır. Örneğin bir motosiklet sürücüsünün sarhoş vaziyette bir yolda durması, yatması vs. bu maddede kastedilen anlamda tipik netice değildir. Ancak, hareketten doğan bu tehlikenin mutlaka trafiğe katılan bir kimse üzerinde etkili olması şart değildir. Karayolu yakınındaki bir dinlenme tesisindeki kimseler veya trafiğe katılan kimseler veyahut yakındaki evlere yönelik yaratılan tehlike de bu suç tipi anlamında tipik neticedir³⁷.

Bu nedensellik bağının somut olay açısından varlığının da, her tür kuşkudan arınmış bir biçimde ispatlanması gerekir³⁸. Tehlikenin bir veya birden fazla nedeninin bulunması veya tek veya birden fazla madde fail tarafından alındığı için bunların birlikte etkilemesinden dolayı doğmasının, suçun oluşumu açısından bir önemi bulunmamaktadır. Tehlikenin paragrafta yazılı maddelerden birinin alınmasından kaynaklanması ve failin güvenli araç kullanma (sürme) yeteneğinin bulunmaması gerekli ve yeterlidir³⁹.

Bu iki hükmün dışında, karayolunda araç kullanma ile ilgili olmamakla birlikte, içeriği itibariyle konumuz sorunun çözümünde yararlanılabilecek bir hüküm ise, “**tren, gemi ve hava ulaşımını tehlikeye düşürme**” suçunu düzenleyen Al. CK'nun 315a paragrafıdır. Bu suça ilişkin düzenlemede de, yukarıda belirtilen iki suçtaki unsurlar aranmaktadır.

Alman Ceza Kanunu prg. 315a (**Tren, gemi ve hava ulaşımını tehlikeye düşürme**):

37 SCHÖNKE-SCHRÖDER (Cramer/Sternberg-Lieben), Strafgesetzbuch, 27. Auflage, 2007, prg. 315c, Rn. 36-39.

38 Yargı uygulaması ve çeşitli olasılıklar için bkz. SCHÖNKE-SCHRÖDER (Cramer/Sternberg-Lieben), Strafgesetzbuch, 27. Auflage, 2007, prg. 315c, Rn. 34 ve 35.

39 SCHÖNKE-SCHRÖDER (Cramer/Sternberg-Lieben), Strafgesetzbuch, 27. Auflage, 2007, prg. 315c, Rn. 9 ve 10.

- (1) Her kim,
1. **alkol içeren içecek içtiği veya diğer sarhoş edici maddelerin etkisinde olduğu** veya **ruhi veya bedeni özrü nedeniyle**, aracı güvenli bir şekilde kullanma yeteneğine sahip olmasına rağmen, demir yolu veya teleferik aracını, gemiyi veya hava aracını kullanırsa, **veya**
 2. böyle bir aracın sürücüsü sıfatıyla veya güvenlikten sorumlu bir kişi olarak, demiryolu, teleferik, gemi veya hava ulaşımının güvenliğini sağlamaya ilişkin hukuk kurallarına, kuralların kendisine yüklediği görevlere aykırı ağır bir şekilde ihlal edici bir davranışta bulunur,
- ve bu şekilde diğer bir insanın vücut veya hayatını veya başkasına ait önemli değeri haiz eşyayı tehlikeye düşürürse, beş yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.**
- (2) 1'inci fıkranın bir numaralı bendine giren hallerde teşebbüs cezalandırılır.
- (3) 1'inci fıkraya giren hallerde,
1. tehlikenin doğmasına taksirle sebebiyet veren veya
 2. taksirli davranan ve tehlikenin doğumuna taksirle sebebiyet veren kişi,
- iki yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır.

Bu 315a paragrafındaki suç tipi **somut tehlike suçudur**. Suçun oluşumu için, sürme yeteneği bulunmayan failin araç kullanması sonucunda başka bir insanın yaşam veya sağlığı için veya üçüncü bir kimsenin eşyası açısından somut bir tehlikenin doğması gerekir⁴⁰.

Tipik hareket, **sürme yeteneği bulunmayan** bir kimsenin bu durumda iken bir araba kullanmasıdır. Al. CMK. prg. 315c ve 316 için geliştirilen kriterler bu suç için de geçerli kabul edilmektedir⁴¹.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin mutad uygulamasına göre, kararolu trafiğinin güvenliğini tehlikeli biçimde ihlal etmek suçu açısından, somut vakada genel yaşam tecrübe kurallarına göre bu tehlikenin ne

40 TRÖNDLE-FISCHER, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, sh: 2126.

41 TRÖNDLE-FISCHER, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, sh: 2125.

olduğunun tespiti gerekir. Somut bir vakada tesadüfen bir kimse veya eşyanın güvenliğinin tehlikeye sokulmuş olması tesadüf olarak değerlendirilmeli ve suçun varlığı için genel olarak trafik güvenliğinin tehlikeye sokulmuş olması gerekmektedir⁴². Burada örneğin karşılıklı olarak trafikte yol alan iki aracın yer açısından dar ve sıkışık bir alanda birbirine yakın geçtiği bulgularının bulunması ve ‘*az daha kaza olacaktı*’ tespiti yeterli sayılmamaktadır. Ancak, sürücülerden birisinin son andaki manevrası nedeniyle kazanın atlatılmış olması, trafik güvenliğinin tehlikeye sokulması suçunun işlediği açısından bir emare sayılmaktadır.

2) ALMAN FEDERAL YÜKSEK MAHKEMESİ KARARLARI

- a) “Sanık ilk derece mahkemesince taksirle alkollü trafikte eylem birliği içinde kaza yerini izinsiz terk etme ve sürme izni olmaksızın araç kullanma nedeniyle mahkum edilmiştir. Yapılan tespitte trafikte araç kullanan sanığın fiil anında 1,27 promil alkollü olduğu, aldığı alkol ve **kendisinin psikopat karakter yapısıyla bağlantılı olarak araç kullanmaya elverişsiz olduğu saptanır.** Bilirkişi yaptığı tespitte sanığın psikopat karakter yapısı ve bunun neden olduğu hassasiyet nedeniyle, kendisinin 1,27 promil alkol aldığı takdirde araç kullanma yeteneğinin ortadan kalktığı sonucuna ulaşır”⁴³.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi, kararında bu yerel mahkeme kararında mutlak sürüş yeteneksizliğinin kabul edilmemesini, bu tür bir mutlak yeteneksizliğin ancak alınan veya vücutta bulunan alkol oranının ancak 1,3 promil olması durumunda kabul edileceği gerekçesiyle, yerinde bulmuştur. Alman Federal Yüksek Mahkemesi burada kendisinin önceki tarihli mahkeme kararlarına atıfta bulunmuştur. Bu oranın doğa bilimleri ve tecrübelerle saptandığına değinen mahkeme, mutlak sürüş yeteneksizliğinin sanığın karakter yapısından bağımsız olarak ancak bu oranda promilin saptanması durumunda kabul edileceğinin

⁴² BGH 4 StR 373/09 - Beschluss vom 3. November 2009 (LG Frankfurt am Main). Karş. 4. Strafsenat, 30. 03. 1995 - 4 StR 725/94, NJW 1995, sh: 3131 vd. 4. Strafsenat 04. 09. 1995 - 4 StR 471/95, NJW 1996, sh: 329 vd.

⁴³ BGH 22. 04. 1982 – 4StR 43/82 (LG Aachen).

altını çizmiştir. Özel hassasiyete yol açan fiziki veya psikolojik rahatsızlıkların bulunması durumunda, bu sınır değer her halükarda kabul edilir⁴⁴.

Ancak Federal Yüksek Mahkeme, bu kararında yerel mahkemenin göreceli (nisbi) sürüş yeteneksizliğini kabul etmesini hukuka aykırı bulmuştur. Çünkü Yüksek Mahkemeye göre, göreceli (nisbi) sürüş yeteneksizliği, **sadece fiil anında kandaki alkol oranının 1,3 promilin altında olması ile kabul edilemez; bu kabul için, kandaki alkol oranının bu miktarda olması gerekir ve ayrıca buna ilave bir koşul olarak da alkol alınmasına bağlı bir sürüş yeteneksizliğinin mevcut olduğunun saptanması gerekmektedir.** Nisbi sürüş yeteneksizliği mutlak sürüş yeteneksizliğinden sarhoşluğun derecesi veya alkol nedeniyle hareket yeteneğinin azalmasının kalitesiyle ayrılmaz; sürücünün tüm hareket yeteneğinin tür ve biçimindeki azalmaya göre ayrılır.

Bununla birlikte, **alkol alınması sürüş yeteneksizliği için önemli bir emaredir.** Şüphesiz burada alkol promilinin miktarı önemli olmakla birlikte, bilirkişi görüşünden de yararlanılarak hakimın sürücünün sürüş yeteneğinin bulunmadığına kanaat getirmesi gerekir. **Nisbi sürüş yeteneksizliğinin bulunması açısından şu hususlar önemli belirtilerdir:** sürücünün hasta oluşu veya iç (ruhi) durumu, yolda aracın sürülme biçimindeki belirtilerin görünümü ve sağın alkol veya benzeri bir madde dolayısıyla yaptığı somut davranış tarzları.

Somut olayın koşulları her zaman önemlidir. Örneğin kanda bulunan alkol oranı sınır değer olan 1,3 promile yakın olmakla birlikte, diğer objektif ve sübjektif koşullar olumsuz ise yine sürüş yeteneksizliği kolaylıkla kabul edilebilecektir. Şüphesiz alkol oranının yüksekliği veya bu koşulların fazlasıyla olumsuz olması, sürüş yeteneksizliğini kabul bakımından çok etkili olacaktır.

Bu tür tespitlerde şu hususlar yargı organları tarafından önemli belirtiler olarak dikkate alınır: kurala aykırı, dikkatsizce, düşün-

⁴⁴ Bkz. NJW 1982, sh: 2612-2613. Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin aynı yöndeki içtihatları için aynı karara bkz.

cesizce araç kullanmak, trafik kural ve işaretlerine riayet etmemek, alkol nedeniyle dikkat dağılması ve oto-kontrolün gevşemesi. Yerel mahkeme sanığın karakter yapısını ve bunun alkolle birlikte kişiyi etkilemesini dikkate almış ve fakat sürüş yeteneksizliğinin alkol nedeniyle olması gerektiğini gözden kaçırmıştır. Sürüş yeteneksizliği ile alkol veya benzeri madde arasında bir nedensellik bağı olmalıdır⁴⁵.

- b) Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin kararına konu olan bir olayda; 25 Eylül 1989 günü saat 19.00 civarında sanık Berlin şehrinin Linden caddesinde aracıyla giderken, yan caddeden gelen başka bir araçla çarpışır. Sanıktan saat 20.40da kan alınır ve yapılan incelemede kanında 1,1 promil alkol tespit edilir. Yerel mahkeme sanığı Karayolları Trafik Kanunu'nun 24. maddesini ihlal ettiği için para cezasına ve ayrıca araç kullanma yasağına mahkum eder. **Kanın alınış ve tespit zamanından geriye doğru yapılan hesapta, fiil anında sanığın kanındaki alkol miktarının 1, 24 promil olduğu hesaplanır.** Buna karşılık sanık, Alman CK'nun 315c maddesini ihlal ettiği için cezalandırılmaz. Çünkü, kaza anına doğru gidilerek kazanın alkol nedeniyle olduğu tespit edilebilir olmadığı için, **nısbî sürüş yeteneksizliği** kabul edilmemiştir. Sınır değere ulaşamadığı için de sanığın **mutlak sürüş yeteneksizliği** de kabul edilmemiştir. *Başsavcılık yerel mahkeme kararına karşı temyiz kanun yoluna başvurarak, sanıkta tespit edilen alkol oranının 1,1 promil olması nedeniyle, sanığın mutlak sürüş yeteneksizliğinin kabul edilmesi ve Alman CK prg. 316 uyarınca da cezalandırılması gerektiğini iddia etmiştir.* Başsavcılık, Yüksek Eyalet Mahkemesine sunduğu görüşünde, savcılığın görüşlerine katıldığını belirtmiştir. Bunun üzerine Braunschweig Eyalet Yüksek Mahkemesi kanında 1,1 promil alkol bulunan kimsenin kesin olarak sürüş yeteneğinden yoksun olup olmadığını irdelemiştir. Mahkeme burada bir kimsenin sürüş yeteneğinin bulunup bulunmadığının tıbbi-doğa bilimlerine göre tespit edileceğine, Federal Sağlık Kurumu'ndan 1966 yılında⁴⁶ bir bilirkişi raporu

⁴⁵ Karş. OLG Hamm, VRS 59 (1980), sh: 40 ve BayObLG VRS 60 (1981), sh: 369.

⁴⁶ Bkz. BGH 21, sh: 157 ve 160.

aldığını ve buna göre hakimin biyolojik-tıbbi verilerin değişkenliğine dikkat çektiğini, bu rapora dayanan Alman Federal Yüksek Mahkeme'nin 9 Aralık 1966 tarihli kararıyla 1,3 promil alkolün kanda bulunması durumunda sürücünün sürme yeteneğinin kesin olarak ortadan kalktığını, buradaki **temel değer 1,1 promil olduğu** ve 0,2 oranındaki promilin ise ilave güvenlik nedeniyle hesaba katıldığını, bu rapordan önce Federal Yüksek Mahkeme'nin içtihatlarında 1,0 promil oranını esas aldığı, o tarihten itibaren konuyla ilgili birçok araştırmaya ve bilirkişi görüşüne başvurulduğu vs açıklanmış ve **Başsavcılığın da burada %01,1 promil alkolün bulunması durumunda sürücünün sürüş yeteneğinin kesin olarak ortadan kalktığı görüşünü savunduğu** ve bu tespiti katılınması gerektiği sonucuna ulaşmıştır⁴⁷.

- c) Alman Federal Yüksek Mahkemesi'ne göre, "sürücünün kanındaki alkol miktarı 1,1 promil ise, kendisinin **mutlak surette sürüş yeteneği bulunmamaktadır**"⁴⁸.
- d) Nihayet Alman Federal Yüksek Mahkemesi'ne göre, "**bir kimse- nin kanında uyuşturucu madde bulunması, tek başına sürücünün sürüş yeteneğinin ortadan kalkmış olduğunun kabulüne yeterli değildir**. Burada ayrıca, sürme yeteneğinin ortadan kalktığını gösteren belirtilere ihtiyaç bulunmaktadır. Uyuşturucu maddenin sürücünün görme yeteneğine etkide bulunmasına rağmen, bundan hareketle sürücünün sürme yeteneğinin kalktığının kabulü için bu yeteri değildir. Kanda bulunan uyuşturucu madde veya alkol açısından 1,1 sınır değerdir. Karayolları Trafik Kanunu'nda 1998 yılında yapılan değişiklik sonrası, artık sürme yeteneğinin kalkıp kalkmadığının saptanmasında alkol veya uyuşturucu madde alınması yanında bu maddenin kişinin sürüş yeteneğine etkisinin de olmasını aramak gerekir"⁴⁹.

⁴⁷ BGH Beschluss vom 28. 06. 1990 (4 StR 297/90) = www.ejura-examensexpress.de (Siteye giriş: 10.10.2009, Saat: 20.30). Karş. BGH 37, sh: 89.

⁴⁸ BGHSt 21, sh: 157.

⁴⁹ BGH 03. 11. 1998 (4StR 395/98) = NJW 1999, sh: 226. Ayrıca bkz. JP 1999, sh: 46; MDR 1999, sh: 91; VRS 96, sh: 199.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin eski içtihatlarının aksine, yeni içtihatlarında, sadece arabanın kontağının açılması, el freninin çekilmesi veya ışıkların açılması, suçun tipe uygun eylem unsurunun gerçekleşmesi açısından yeterli görülmemektedir. Aynı şekilde, motoru çalışan bir arabanın sürücü koltuğunda içki içmek de, suçun bu unsuru açısından yeterli kabul edilmemektedir.

B – TÜRK HUKUKU

1) TÜRK MEVZUAT VE ÖĞRETİSİ

Türk Ceza Kanunu m. 179/3 (Trafik güvenliğini tehlikeye sokma):

“Alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle ya da başka bir nedenle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olmasına rağmen araç kullanan kişi yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır”⁵⁰.

TCK. m. 179/3'ün **madde gerekçesi** şöyledir: “Maddenin üçüncü fıkrasında, alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle ya da başka bir nedenle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olmasına rağmen araç kullanan kişinin cezalandırılması öngörülmüştür. Bu bakımdan, örneğin, uzun süre araç kullanmak dolayısıyla yorgun ve uykusuz olan kişilerin araç kullanmaya devam etmesi halinde de bu suçun oluştuğunu kabul etmek gerekir”.

Konuyla ilgili temel hükümler TCK.nun 179-180. maddelerinde ve Karayolları Trafik Kanunu'nda (örneğin m. 13, 14 ve 48) ve Kabahatler Kanunu'nda (m. 24) düzenlenmekle⁵¹ birlikte, açıklamalarımız daha çok 179. maddenin 3. fıkrasına ilişkin olacaktır.

50 Burada atf yapılan hüküm, aynı maddenin 2. fıkrası hükmü olup, fıkra içeriği şöyledir: “Kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşım araçlarını kişilerin hayat, sağlık veya malvarlığı açısından tehlikeli olabilecek şekilde sevk ve idare eden kişi, **iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır**.”

51 **TCK. m. 179 (Trafik güvenliğini tehlikeye sokma)** - (1) Kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşımının güven içinde akışını sağlamak için konulmuş her türlü işareti değiştirerek, kullanılamaz hâle getirerek, konuldukları yerden kaldırarak, yanlış işaretler vererek, geçiş, varış, kalkış veya iniş yolları üzerine bir şey koyarak ya da teknik işletim sistemine müdahale ederek, başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikeye neden olan kişiye bir yıldan altı yıla kadar hapis cezası verilir.

Bu suçla korunan hukuksal değerler birden fazladır. Genel anlamda tüm toplum, kamu güvenliği, bireylerin yaşam tarzlarını korkusuzca devam ettirebilmeleri veya genel olarak bireylerin yaşamı, sağlığı veya malvarlığın korunması amaçlanmamakta⁵², ön planda ve asli olarak korunan hukuksal değer trafiğin güvenliği olmakla birlikte, bunun yanında trafiğe katılan kimselerin yaşamı, sağlığı, vücut bütünlüğü ve malvarlıkları da korunmaktadır. Her ne kadar suç tipi topluma karşı suçlar içinde düzenlenmiş ise de, cezalandırılan eylem tüm topluma ait hukuksal değerleri değil, potansiyel mağduru önceden tespit edilemeyen ve trafiğe katılan veya trafikteki eylemlerden zarar görebilecek bireylerdir.

Suç tipi özgü (mahsus) suç olmayıp, faili herkes olabilir. Bu nedenle doktrinde, Alman Hukukundaki düzenlemeden esinlenerek ve Al. CK ile TCK.nun düzenlemelerinin içerik olarak farklı olduğunu gözden kaçırarak, bu suçun özgü suç olduğu ve failin sadece bilirli kişi veya kişiler olabileceği yönündeki görüşe⁵³ katılmamaktayım.

Suçun mağduru genel olarak tüm toplum değil⁵⁴, trafiğe katılan veya trafikteki eylemlerden doğrudan etkilenebilecek ve kimlikleri önceden sınırlı olarak tespit edilemeyen bireylerdir.

TCK.nun 179. maddesinde düzenlenen suç ancak kasten işlenebilir, taksirle işlenmesi mümkün değildir⁵⁵. TCK.nun 22/3. maddesinde belirtilen bilinçli taksir sadece taksirle işlenen suçlarda uygulanabilir. Bu zo-

(2) Kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşım araçlarını kişilerin hayat, sağlık veya malvarlığı açısından tehlikeli olabilecek şekilde sevk ve idare eden kişi, iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle ya da başka bir nedenle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek hâlde olmasına rağmen araç kullanan kişi yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.

TCK. m. 180 (Trafik güvenliğini taksirle tehlikeye sokma) - (1) Deniz, hava veya demiryolu ulaşımında, kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikeye taksirle neden olan kimseye üç aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

52 Aksi yönde: **YENERER ÇAKMUT**, Özlem. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçları (TCK m. 179-180)., in: Alman – Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Cilt: III (Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan), İstanbul 2010, sh: 775 ve 778.

53 Bkz. **ÇINAR**, Ali Rıza. Ceza Yasasında Alkollü Araç Kullanma Suçu., in: Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları , V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ankara 2008, sh: 664.

54 Karş. **YENERER ÇAKMUT**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Trafik Güvenliği'ni Tehlikeye Sokma Suçları, sh: 779.

55 2. CD. 18. 12. 2006., E. 2006/6565, K. 2006/20517.

runluluk dikkate alınmadan, TCK.nun 179/3. maddesinde düzenlenen kasten işlenen alkollün etkisiyle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olmasına rağmen araç kullanarak trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunda bilinçli taksire ilişkin hüküm uygulanarak sanık hakkında fazla ceza tayini veya bu suçun taksirle de işlenebileceğinin kabul edilmesi hukuka aykırı olur⁵⁶.

Madde metninde ayrıca düzenlenmediği için, **kullanılan aracın motorlu olup olmaması önemli olmadığı gibi, aracın nerede kullanıldığı da önemsizdir.**

Oysa, olması gereken hukuk açısından en azından aracın karayolu trafiğinde kullanılan araç olması ve **aracın kısmen veya tamamen kamusal karayolu trafiğinin cereyan ettiği alanda kullanılması gerekliliği suç tipinde düzenlenmeliydi.** Esasen maddenin düzenlendiği yer ve *ratio legis* ile bizatihi bir sonraki madde (m. 180) düzenlemesi de bunu gerektirmektedir.

Yine madde metninde failin alkol veya uyuşturucu madde ya da başka bir nedenle **emniyetli (güvenli) bir biçimde aracı sevk ve idare edemeyecek durumda** olması aranmaktadır. Yargıtay'a göre, TCK'da yer alan trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunda alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek olan kişinin araç kullanma hali suç olarak düzenlenmiştir ve maddede belirtilen "**emniyetli bir şekilde**" ifadesinin kişilerin hayatı, sağlığı ve mal varlığı açısından bir tehlikeye neden olunması şeklinde anlaşılması gerekir. Buna göre, salt alkollü ve ehliyetsiz araç kullanmanın ne şekilde trafik güvenliğini tehlikeye düşürdüğü tespit edilmeden mahkumiyete karar verilemez⁵⁷.

Oysa, alkol, uyuşturucu ve uyarıcı maddeler bu madde kapsamında düzenlenmekle birlikte, olması gereken hukuk açısından **diğer nedenlerin** ayrıca bir kanuni düzenlemeye tabi tutulması, belirli özel unsurlara

56 2. CD. 22. 02. 2007., E. 2006/9904, K. 2007/2721. Aynı yönde: 2. CD. 08. 03. 2007., E. 2007/495, K. 2007/3566; 2. CD. 30. 04. 2007., E. 2007/5786, K. 2007/6004; 2. CD. 14. 06. 2007., E. 2007/2791, K. 2007/8806; 2. CD. 03. 12. 2007., E. 2007/17346, K. 2007/16234; 9. CD. 16. 04. 2009., E. 2007/10751, K. 2009/4420.

57 2. CD. 24. 10. 2007., E. 2007/13549, K. 2007/13586.

bağlanması ve TCK.nun genel hükümlerindeki arızı nedenleri düzenleyen hükümle bağlantı kurulması gerekirdi. TCK'nda, Al. CK. prg. 223a gibi bir hükmün de yer almadığı ve trafikte alkol kullanmanın ayrıca Karayolları Trafik Kanunu'nda yaptırım altına alındığı dikkate alındığında, bunun gerekliliği anlaşılır.

Karayolları Trafik Kanunu'ndaki trafikte alkol kullanmak ve bunun oranının kanuni tipte ve somut vakada tespiti konumuzla ilgili bir husus olmayıp, KTK ve Kabahatler Kanunu'ndaki düzenlemeleri ilgilendirmektedir⁵⁸. Nitekim Yargıtay da, haklı olarak, somut olaylarda failin alkollü araç kullanmakla birlikte, alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle emniyetli bir biçimde araç kullanamayacak olduğu halde araç kullandığının ispatlanamadığı durumlarda, fail hakkında TCK.nun 179/3. maddesinin değil, Kabahatler Kanunu'nun 24. maddesinin mahkemece dikkate alınarak yaptırım uygulaması gerektiğine karar vermektedir⁵⁹.

Yargıtay'a göre, fail trafikte seyir halinde iken uykusuzluğun vermiş olduğu yorgunluktan dolayı dalgın olur ve bunun sonucunda önünde gitmekte olan müştekinin kullandığı araca arkadan çarparsa, olay sırasında sanığın ve yanındaki arkadaşının yaralandığının anlaşılması karşısında; TCK.nun 179/3. maddesindeki suçun oluştuğuna ilişkin mahkemenin kabul ve değerlendirilmesinde isabetsizlik bulunmadığını kabul etmektedir. Yargıtay burada, "uykusuzluğu" madde metninde düzenlenen '*diğer nedenler*' ifadesi içinde görmüştür⁶⁰.

Yargıtay'ın bu yöndeki benzer kararlarını yerinde buluyorum: "Sanık, trafik güvenliğini tehlikeye sokmak suçundan yargılanmıştır. Olay günü kollukça yapılan ve hastanede yapılan alkol muayenesinde tespit edilen *promil miktarları gözetilerek, tıbbi bakımdan bilimsel verilere göre*, sanığın aldığı alkolün etkisiyle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek durumda olup olamayacağı konusunda, Adli Tıp Kurumu'ndan bilimsel görüş alındıktan sonra sonucuna göre, sanığın hukuki durumunun tayin ve takdirinin gerekir"⁶¹.

58 2. CD. 21. 06. 2007., E. 2007/10012, K. 2007/9265.

59 2. CD. 23. 11. 2006., E. 2006/5374, K. 2006/19003.

60 2. CD. 17. 09. 2008., E. 2008/22584, K. 2008/14001.

61 2. CD. 05. 02. 2007., E. 2006/8158, K. 2007/1500.

Madde metninde sürme güvensizliğinin tespitine ilişkin bir hüküm bulunmayıp, bu husus, aşağıda önemli örneklerine yer verilen yargı uygulaması tarafından şekillendirilmektedir. **Yapılacak tespit**, önce araç kullanma yeteneksizliği veya yeteneğin etkilenmesi, bunun maddede belirtilen nedenlerden kaynaklanması ve **trafikte güvenli araç kullanma yeteneksizliği niteliğinde bulunduğu tespit gereklidir**.

2) TÜRK YARGITAY'ININ KARARLARI

Türk Yargıtay'ı da konuyla ilgili birçok karar vermiştir. Aşağıda, bu kararlardan yeni tarihli ve önemli olan bazılarına değinilecektir:

- a) “Genel trafik kontrolü sırasında 205 promil alkollü olduğu saptanan sanığın, olay sırasında emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek durumda olduğuna ilişkin dışa yansıyan herhangi bir davranışının belirlenmemesi ve sanığın da sorgusunda alkollü şekilde araç kullanırken görevli trafik ekibi tarafından aracının durdurularak işlem yapıldığını savunması karşısında; belirlenen alkol oranının bilimsel verilere göre, güvenli bir şekilde araç kullanma yeteneğini kesin olarak ortadan kaldırıp kaldırmayacağı konusunda Adli Tıp Kurumu'ndan görüş alındıktan sonra, tüm kanıtların birlikte değerlendirilerek sanığın üzerine atılı suçun oluşup oluşmadığına karar verilmesi gerekirken, eksik soruşturma sonucu ve ayrıca 5237 sayılı TCY'nin 179/3. maddesinde yazılı suçun “soyut tehlike” suçu olduğu, bu nedenle alkolün etkisiyle güvenli bir biçimde araç kullanamayacak durumda olan bir kimsenin, trafikte araç kullanması ile sırf hareket suçu olan bu suçun oluşacağı gözetilmeden sanığa atılı suçun somut tehlike suçu olduğu ve somut tehlikenin oluşmadığı gerekçesiyle yazılı şekilde beraat karar verilmesi,...kanuna aykırıdır⁶².
- b) TCK'nın 179/3. maddesinde belirtilen trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunun oluşması için, failin yalnızca alkol veya uyuşturucu maddenin etkisi altında iken trafikte araç kullanması yeterli olmayıp, kişinin alkol ya da uyuşturucu madde etkisiyle veya

62 2. CD. 19. 02. 2008., E. 2007/17868, K. 2008/2857.

63 2. CD. 29. 11. 2006., E. 2006/883, K. 2006/19302.

başka bir nedenle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olduğu halde araç kullanması gerekir⁶³.

- c) “Sürücü belgesi olmayan sanığın sevk ve idaresindeki motosiklet ile ters yola girip mağdureye çarpması şeklindeki eylemin 20.11.2006 tarihli bilirkişi raporunun içeriğinde dikkate alındığında aracını kişilerin hayat, sağlık ve mal varlığı açısından tehlike oluşturabilecek şekilde sevk ve idare ettiği, eylem bu haliyle trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde suç vasfının takdirinde yanlıya düşülerek yasal olmayan gerekçelerle sanığın beraatine karar verilmesi...bozmayı gerektirmiştir.”⁶⁴.
- ç) “Anılan suç kastla işlenebilecek bir suçtur. Alkol veya uyuşturucu maddenin kullanılması suçun oluşması için yeterli değildir. Kişinin bu halde emniyetli şekilde araç kullanamayacağını bilerek araç kullanması gerekir. Kişinin emniyetli şekilde araç kullanamayacak durumda olduğunun saptanması zorunludur. Alkol veya uyuşturucu madde kullanılmasına rağmen kişinin emniyetli şekilde araç kullanabildiği hallerde anılan suç oluşmaz.”⁶⁵.
- d) “Kesinleşen para cezasına ilişkin ilam üzerine, hükümlüye yasada belirlenen sürede para cezasını ödemesi için gerekli tebligat yapılmış ve para cezası yasal süresinde ödenmemişse mahkemece, cezanın kısmen veya tamamen hapis cezası olarak infazı veya başka bir tedbire çevrilerek infazına karar verilmesi gerekir.”⁶⁶.
- e) “Sanığın emniyetli bir şekilde araç kullanamayacak durumda olduğuna ilişkin dışa yansıyan herhangi bir davranışının olay anında bulunup bulunmadığı konusunda tanık olarak dinlendikten sonra sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekirken eksik kovuşturma ile yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması bozmayı gerektirmiştir.”⁶⁷.
- f) “Alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle ya da başka bir nedenle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olmasına rağmen araç kullanan kişi cezalandırılır. Sanığın yalnızca alkol-

64 2. CD. 17. 01. 2008., E. 2007/150063, K. 2008/247.

65 CGK. 04. 12. 2007., E. 2007/2262, K. 2007/263.

66 2. CD. 20. 11. 2007., E. 2007/15905, K. 2007/15467.

67 2. CD. 30. 10. 2007., E. 2007/10609, K. 2007/13928.

l araç kullanması nedeniyle TCY'nın 179/3. maddesi uyarınca cezalandırılmasına olanak bulunmamaktadır.”⁶⁸.

- g) “Trafik kontrolü sırasında sanığın 79 promil alkollü olduğunun tespit edildiği olayda, olay ve ceza tutanağının bulunmaması nedeniyle sanığın alkollü olduğunu tespit eden görevliler dinlenerek, sanığın aldığı alkolün etkisiyle emniyetli bir Şekilde araç sevk ve idare edemeyecek durumda olup olmadığı hususunun sanığın dışa yansıyan davranışları dikkate alınmak suretiyle saptanması gerekir.”⁶⁹.
- h) “Kişinin alkol ya da uyuşturucu madde etkisiyle veya başka bir nedenle emniyetli bir Şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olmasına karşın araç kullanması gerekeceği cihetle; sanığın yargılama sırasındaki savunması da dikkate alınarak, trafik kazası tespit tutanağını düzenleyen zabıt mmzileri ile alkollü olduğuna dair raporu düzenleyen doktorun bilirkişi sıfatıyla dinlenerek sanığın aldığı alkolün etkisiyle, emniyetli bir Şekilde araç sevk ve idare edemeyecek durumda olup olmadığı hususunun sorulup tespitinden sonra sonucuna göre hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekir”⁷⁰.
- ı) “Olay gecesı saat 01:30 sıralarında 159 promil alkollü olduğu halde Salihli-Sarp karayolu üzerinde seyir halinde bulunduğu motosikletin direksiyon hakimiyetini kaybedip yolun sağ tarafına devirerek kendisinin yaralanmasına ve motosikletin hasar görmesine sebebiyet veren sanığın eyleminde alkolün etkisiyle emniyetli Şekilde araç sevk ve idare edememek suçunun unsurlarının oluştuğundan cezalandırılmasına karar verilmesi gerekir.”⁷¹.
- i) “5237 sayılı Kanun'un 179. maddesine göre, alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle ya da başka bir nedenle emniyetli bir Şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olmasına rağmen araç kullanılması trafik güvenliğini tehlikeye düşürme suçunu oluşturur”⁷².

68 CGK. 22. 05. 2007., E. 2007/2-103, K. 2007/111.

69 2. CD. 03. 05. 2007., E. 2007/2649, K. 2007/6201.

70 2. CD. 21. 02. 2007., E. 2006/10039, K. 2007/2519.

71 2. CD. 20. 11. 2006., E. 2006/4275, K. 2006/1864.

72 2. CD. 16. 01. 2007., E. 2007/36, K. 2007/137.

- j) “Trafik güvenliğini tehlikeye sokmak suçundan sanığın alkollü olarak kullandığı motor ile yol kenarında bulunan trafik levhasına çarpması şeklinde gerçekleşen olayda, sanığın ulaşım aracını emniyetli bir şekilde sevk ve idare edemeyecek halde olduğu halde araç kullandığı doktor ve bilirkişi raporu ile sanığın ikrarıyla sabit olduğundan atılı suçtan mahkumiyetine karar verilmelidir”⁷³.
- k) “Olayda sanığın aldığı alkolün etkisiyle, emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek durumda olup olmadığı hususu konunun uzmanlarınca saptanmadan yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir”⁷⁴.
- l) “Sanığın, aldığı alkolün etkisiyle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek durumda bulunduğu dair bir davranışı tespit edilmediği ve uzman görüşü alınmadığı halde, mahkumiyetine karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır”⁷⁵.
- m) “5237 sayılı TCK.nun 179/3. maddesinde belirtilen trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunun oluşması için, kişinin alkol yada uyuşturucu madde etkisiyle veya başka bir nedenle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olmasına karşın araç kullanması gerekir. Olayda sanığın aldığı alkolün etkisiyle, emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek durumda olup olmadığı ve alkolün etkisi ile kullandığı araç devirip devirmediği hususu konunun uzmanlarınca saptanmadan yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi, isabetsizdir”⁷⁶.
- n) “193 promil alkollü sanığın idaresindeki motosiklet ile köy yolunda seyir halinde iken öndeki araca çarparak maddi hasara sebebiyet vermesi şeklindeki eyleminde; sanığın savunması, trafik kazası tespit tutanağını düzenleyen zabıt mümzileri ve doktor bilirkişinin beyanlarına göre sanığın aldığı alkolün etkisiyle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek durumda olduğu anlaşıl-makla; kişilerin hayat, sağlık ve malvarlığı açısından somut tehlike

73 2. CD. 31. 10. 2006., E. 2006/3385, K. 2006/17259.

74 2. CD. 28. 09. 2006., E. 2006/863, K. 2006/15551.

75 2. CD. 13. 09. 2006., E. 2006/3428, K. 2006/14278.

76 2. CD. 02. 11. 2006., E. 2006/3510, K. 2006/17515.

unsurunun gerçekleştiği ve sanığın atılı suçtan cezalandırılması gerekir”⁷⁷.

- o) “Alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle ya da başka bir nedenle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olmasına rağmen araç kullanan kişi cezalandırılır. Sanığın yalnızca alkollü araç kullanması nedeniyle TCY’nın 179/3. maddesi uyarınca cezalandırılmasına olanak bulunmamaktadır. 5237 sayılı TCY’nın 179. maddesinin 3. fıkrasında yaptırım altına alınan eylem, alkol ve uyuşturucu madde etkisiyle “*emniyetli bir şekilde*” araç kullanamayacak kişinin, bu halde araç kullanmasıdır. Bu suç kasıtlı işlenebilecek bir suçtur. Alkol ve uyuşturucu maddenin sırf kullanılmış olması bu suçun oluşması için yeterli olmayıp, kişinin bu halde emniyetli şekilde araç kullanamayacağını bilerek araç kullanması gerekmektedir. Kişinin emniyetli şekilde araç kullanamayacak durumda olduğunun her somut olayda saptanması zorunludur. Alkol veya uyuşturucu madde kullanılmasına rağmen kişinin emniyetli bir şekilde araç kullanabildiği hallerde bu suçun oluşması olanaksızdır”⁷⁸.
- ö) “Trafik güvenliğini tehlikeye sokmak suçu ancak kasten işlenebilen suçlardandır. Bu düzenleme şekline; 5237 sayılı TCK’nun 179. maddesinde tanımlanan suçun kasıtlı işlenen suçlardan olduğu ve bu suçun oluşabilmesi için aracın kasıtlı olarak kişilerin hayat, sağlık ve mal varlığı açısından tehlike yaratacak bir şekilde sevk ve idare edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır”⁷⁹.

C – SONUÇ

Yukarıda gerek Alman gerek Türk hukukuna ilişkin yapılan ara değerlendirmeler dışında şu tespitlerde bulunabiliriz:

Türk yargı uygulamasında, inceleme konumuz suça ilişkin olarak Alman hukukundaki düzenleme, öğretisi ve içtihatlarından ve bunlardan edinilen tecrübelerden yararlanılabilir. Ancak, bu yararlanmada dikkatli

⁷⁷ 2. CD. 15. 11. 2006., E. 2006/3902, K. 2006/18319.

⁷⁸ CGK. 22. 05. 2007., E. 2007/2-103, K. 2007/111.

⁷⁹ 2. CD. 23. 06. 2008., E. 2008/11504, K. 2008/11566.

bir uygulama yapılmalıdır. Alman CK'nda konuyla ilgili üç hüküm vardır ve suçlar TCK'ndan farklı unsurlarla düzenlenmiştir ve bu uygulamada gözden kaçırılmamalıdır.

TCK. m. 179/3'deki suçun tespitinde, Karayolları Trafik Kanunu'ndaki suçun işlendiği hallerde, bu kanun uyarınca yapılan kandaki alkol miktarı veya nefes kontrolü aracılığıyla yapılan tespitler TCK açısından da kullanılabilir. **Karayolları Trafik Kanunu'nda buna ilişkin ayrık hüküm yoksa, o kanun gereği alınmış kan örneği ve yapılan tespit önemli bir delildir** ve TCK'ndaki bu suçun ispatı için kullanılabilir. Öğretide ifade edildiğinin aksine, buna engel bir durum yoktur.

TCK. m. 26 burada işletilemez. Mağdur için dahi özel hükmün varlığı gerekli olduğu ve CMK. m. 76'da düzenlendiği halde, burada TCK. m. 26 bir çözüm olamaz. CMK. m. 75'deki koşullar TCK. m. 26'daki rıza kurumu ile aşılmamalıdır.

Ancak TCK. m. 26'nın kullanılamaması, adli makamlar açısından değildir. Sanık kendisi bu madde uyarınca kan miktarını bir bilirkişiye tespit ettirirse, doğal olarak kendisi lehine bu delili kullanabilir. Adli makamlar değil, sanık TCK. m. 26'ya dayanabilir.

Dikkat edelim ki, trafikte alkol alınması TCK tarafından değil, Karayolları Trafik Kanunu uyarınca cezalandırılmaktadır. TCK'ndaki suçun oluşumu için alkol-uyuşturucu madde alınması hususu yanında suçun diğer unsurlarının da saptanması gerekir.

Yani, bu suç soyut tehlike suçudur, Yargıtay'ın değerlendirmesi bu açıdan yerindedir. Ancak failin benzeri bir maddenin etkisinde olması yanında, sürücünün hem maddede belirtilen maddelerden birisinin alması hem yaşam, sağlık veya malı tehlikeye sokması ve hem de keza aracı sürüş yeteneği bulunmadığı esnada kullanması gerekmektedir.

Al. CK'ndaki maddeler olduğu gibi iktibas edilmemiş ve suçun unsuru ve türü açısından farklılıklar vardır. O nedenle, Alman CK'ndaki düzenleme, öğretide ve uygulaması denetimsiz bize aktarılmamalı ve TCK'ndaki düzenlemelere uygun olanlar kabul edilip uygulamaya geçirilmelidir.

CMK. m. 160'dan hareketle kan örneği alınacağı öğretide ifade edilmekle birlikte, CMK. m. 160'da böyle bir hüküm yoktur. Bu madde

savcının görev ve yetkilerini düzenlemektedir. CMK. m. 75'in izin vermediği bir husus, m. 160'dan hareketle yapılamaz. **Bu nedenle, yapılacak soruşturma ve kovuşturma işlemlerinde bu konuda uygulanması gereken hüküm, CMK. m. 75 vd.'dir.**

Emniyetli araç kullanmak yeteneksizliğinin saptanmasında, sadece alkol-uyuşturucu madde miktarından hareketle değerlendirme yapılması yanlış olacaktır. Bu tespit önemlidir, ancak bunun dışında sürücünün dışı vuran davranışları, hareket biçimi, aracı kullanma öncesi, sonrası ve sırasındaki davranışları, tanık beyanları, görüntü kayıtları ve tanık beyanları bu değerlendirmede kesinlikle göz ardı edilmemesi gereken ispat araçlarıdır.

TCK. m. 179/3'deki suç tipinin ihlali için, failin trafikte araç kullanma ehliyetsizliği, güvenli araç kullanamamasının alkol, uyuşturucu madde kullanımı veya başka bir nedenden kaynaklanması gerekir. Yalnızca alkol, uyuşturucu madde veya başka bir maddenin alınması ve bundan kaynaklı olarak güvenli bir biçimde araç kullanma yeteneğinin yitilmesi suçun oluşumu için yeterli olmayıp, ayrıca failin bir aracı trafikte '*kullanması*' gerekir. Bu suça konu araçlar açısından ortak özellik, deniz, hava ya da demiryolu "*ulaşım aracı*"nın varlığı söz konusu olmalıdır.

TCK.nun 179/3. maddesi metninde (hatalı olarak) yazmamakla birlikte, suçun oluşumu için, aracın bir ulaşım aracı olması ve tamamen veya kısmen kamusal bir trafik alanında kullanılması gerekir. **Karayolları Trafik Kanunu'nun belirli bir promil miktarının üzerinde alkol, uyuşturucu madde veya benzeri bir madde alınmasını yasaklamış olası, trafikte araç kullanan bir kimsenin kanında bu maddelerden birisinin belirtilen miktarda tespiti, suçun işlendiğini kabul için yeterli değildir.** Bu sadece belirtilen suçun işlenmiş olabileceğine ilişkin bir emare olabilir. Bu maddeler ile kişinin güvenli bir biçimde araç kullanma yeteneğinin ortadan kalkması arasında nedensellik bağı bulunmalı ve keza suçun başta manevi unsuru ve hukuka aykırılık unsuru olmak üzere diğer unsurlarının da her tür kuşkudan arınmış bir biçimde tespiti gerekir. Başka ülkelerin kanuni düzenlemelerinden farklı olarak, güvenli sürüş yeteneğinin tamamen mi yoksa kısmen mi kalkması halinde suç tipine ilişkin normun ihlal edilmiş olacağının düzenlenmeyişi, madde metninin, yukarıda belirttiğimiz eksiklik ve hataları yanında başka bir hatalı yönüdür. Bu eksiklik ve yol açacağı

sakıncalar, kanunkoyucu tarafından giderilinceye kadar, yargı uygulamasınca her somut olayda, maddenin düzenleniş amacı ve koruma alanını dikkate alarak yapacağı münferid tespitlerle giderilmeye çalışılacaktır.

Önemle belirtelim ki, bu suç, trafikte veya başka bir yerde alkol vs. kullanmayı değil, bu tür bir madde kullanımı nedeniyle güvenli bir şekilde trafikte araç kullanmak yeteneğinin katılığı bir durumda trafikte araç kullanarak trafik güvenliğini tehlikeye sokmayı cezalandırmaktadır. Suçun kanuni tanımında belirtilen maddelerin fail tarafından alınıp alınmadığının ve keza güvenli sürüş yeteneğinin bu nedenle ortadan kalkıp kalkmadığının tespitinde CMK.nun bilirkişilik kurumundan ve bunun özel bir hali olan beden muayenesine ilişkin (CMK. m. 75 vd.) hükümlerden yararlanılacaktır. **Ancak bu tek yöntem değildir ve bu yöntem, daha çok belirtilen maddelerin alınıp alınmadığı ve miktarı konusunda bize bilgi verecektir. O nedenle, özellikle güvenli sürüş yeteneğinin etkilenip etkilenmediği ve bunun oranını tespit için, diğer yöntemler (örneğin çeşitli testler) de kullanılmalıdır⁸⁰.**

80 Burada son olarak, Avusturya Hukukunda trafikte hız kontrolünün tespiti için kullanılan bir sisteme ilişkin değerlendirmelere de yer verilmelidir:

Avusturya Hukukunda, araçların hız kontrollerini tespit etmek için oluşturulan **Selection-Control Sistemi**nin Avusturya Anayasası'na uygun olmadığı iddia edilmektedir. Bu uygulamanın Anayasa tarafından korunan ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 1. paragrafında düzenlenen temel hakları ihlal edeceği, bu sistemde gözetlenen alanların başladığı yerin başlangıcında araçların plakası video kamerayla tarih ve saati ile birlikte kaydedilmekte, daha sonra gözetlenen alanı terk ederken tekrar o aracın plakası kaydedilmekte ve daha sonra ise, bu iki nokta arasındaki mesafeye göre ortalama bir hız hesabı yapılmaktadır. Bu biçimde plakası kaydedilen bir aracın, *izin verilen hız sınırını aşmaması* durumunda, bu aracın plakasının kaydedilmesinin kişisel verilerin ihlali anlamına geleceği ifade edilmektedir. *Böyle bir kayıt, gerçekten hız sınırının aşılması söz konusu ise yapılabilir.* Diğer bir eleştirisi ise, İsviçre Toplum Kişisel Verilerin Korunması ARGE Verileri sayfası sistemine yönlendirilmektedir. Çünkü teorik olarak aracının plakası hız sınırı tespiti için bu biçimde kaydedilerek kişisel verileri ihlal edilen herkes bu eyleme karşı itirazda bulunabilir ve tazminat davası açabilir. *Bununla birlikte, şu ana kadar Federal Kurum nezdinde ispat edilebilir bir vaka ve bunun neticesinde de başarıyla sonuçlanan bir başvuru olmamıştır. Çünkü, bu veriler çok kısa süreli olarak kaydedilmekte ve daha sonra tekrar silinmektedir. Bu durumda ise, hakkı ihlal edilen kimselerin bu eylemi ispat olanağı adeta ortadan kaldırılmaktadır.* Oysa bu ispat olgusunun gerçekleştirilmesine elverişli bir sistem olmalıydı. Diğer taraftan sadece 2004 yılında Avusturya'da trafikte ihlal nedeniyle 58 milyon Euro para cezası tahsil edilmiştir. Belirtilen biçimde bir aracın hızını tespit eden bir tesis ise, 700.000 Euro ile 1,2 milyon Euro arasında paraya mal olmaktadır (Bkz. **KUNNERT**, Gerhard. Zeitschrift für Verkehrsrecht., 2006, sy: 2). Ayrıca, bu sistemin Avrupa Birliği'nin 95/46/EG sayılı Kişisel Verilerin Korunması Direktifi'nde belirtildiği gibi *'tamamen özerk'* bir kurum olmadığı, idareyle irtibatlı olduğu ve bu nedenle Avusturya'daki sistem, açılan dava ve Sözleşme'nin ihlali iddiasıyla Avrupa Yüksek Mahkemesi önüne götürülmüştür (**Wikipedia**: die freien Anzyklopädia).

Türk Yargıtay'ının alkol vs. alınarak trafikte güvenli araç kullanmak yeteneğinin kaldırılmış olmasına karşın, trafik güvenliğini tehlikeye sokmak suçunun işlenip işlenmediğine ilişkin değerlendirmedeki tutum ve uygulaması, Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin uygulamasından daha yerindedir ve bu uygulama sürdürülmelidir. Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin uygulaması varsayımlardan hareket ettiği, somut olayın özelliklerini göz ardı ettiği, ceza muhakemesindeki ispat ilkelerine aykırı olduğu ve güvenli araç kullanma yeteneğinin var olup olmadığını şablon-genel geçer objektif olgulardan hareketle tespit ettiği için somut vakalarda hakkaniyete ve maddi gerçeğe aykırı uygulamalara yol açabilecek bir uygulamadır.

TCK. m. 179/3 alkol, uyuşturucu madde vs. alarak araç kullanmak suçunu değil, trafik güvenliğini alkollü araç kullanarak tehlikeye sokmak suçunu düzenlemektedir. Dolayısıyla, araç kullanırken belirli bir promilin üzerinde alkollü olmak tek başına bu suça vücut vermeyip, alınan alkolün araç kullanılırken sürücünün aracı güvenli bir şekilde sevk ve idare etmesini engellemesine karşın aracın o sürücü tarafından trafikte kullanılmış olması gerekir. Bu nedenle, bu suçun işlenip işlenmediği hususunda değerlendirme yapabilmek için, sadece kişinin alkollü olduğunun tespiti yeterli olmayıp, güvenli sürüş yeteneğinin de bulunup bulunmadığının da tespiti gerekir⁸¹.

Her ne kadar bir somut davada Yargıtay, trafik güvenliğini tehlikeye sokmak suçunun kasten işlenen bir suç olduğu, bu suçun oluşabilmesi için aracın kasıtlı olarak kişilerin hayat, sağlık ve mal varlığı açısından tehlike yaratacak bir şekilde sevk ve idare edilmesi gerektiği ve bir sanığın taksirli davranışı sonucu mağdura çarparak yaralanmasına neden olduğu durumda **bu suçun oluşmadığına** karar vermiş⁸² ise de, bu karar yerinde ve haklı değildir. **Burada taksirle neden olunan taksirle yaralama farklı bir husustur.** Eğer somut vakada sürücünün aldığı alkol nedeniyle güvenli araç kullanma yeteneği ortadan kalkmış ve bu sürücü trafikte araç kullanmış ise, sürücünün taksirle trafikte yaralama suçunu işlemiş olması gerçeği, o sanığın trafik güvenliğini tehlikeye soktuğu,

81 2. CD. 28. 09. 2006., E. 2006/863, K. 2006/15551.

82 2. CD. 23. 06. 2008., E. 2008/11504, K. 2008/11566.

güvenli araç kullanma ehliyetinin aldığı alkol nedeniyle ortadan kalktığı gerçeğini değiştirmez.

Danıştay bu konuda 12. 01. 2005 tarihli kararıyla⁸³, alkolmetre cihazı ile yapılan ölçüme sürücünün itirazı halinde, kan örneği alınarak tetkik yapılmasını ve bunun sonucunun esas alınması gerektiğine hükmetmiştir.

Her ne kadar Türk öğretisinde bazı yazarlar tarafından Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin kararlarına⁸⁴ atıfla, alkolden kaynaklı araç kullanma yeteneğinin kesin kaybedilmesinin temel değerinin 1.0 promilden başlayacağını kabul etmeyi gerektirdiği, bilimsel alanda söz edilen kesin olmayan sınırların, 1.0 promillik değer altında kaldığı ve “kesine yakın olasılıkla (ihtimalle) daha yüksek değerdeki alkollü sürücü, eleme evresinde (kandaki alkollü yakma evresinde) dahi, bugünkü trafiğin (olağan) beklentilerini yerine getirebilecek düzeyde aracının yönetimine (hakimiyetine), özel sürüş yeteneği veya alkole dayanıklılık halinde dahi sahip” olmadığı iddia ediliyor⁸⁵ ve kanında belirli bir miktarı geçen alkol bulunan kimsenin ayrıca güvenli sürme yeteneğinin araştırılmaması öneriliyor ise de, *alkol veya diğer maddelerin nitelik, miktar ve türleri kadar alan kişi, zaman, yer, alınış biçimi ve ne ile birlikte alındığı vs.nin de güvenli sürüş yeteneğini etkilemede doğrudan belirleyici olduğu gözden kaçırılmamalıdır*. Bu nedenle, Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin yaptığı gibi, varsayımdan ve belirli miktara dayalı bazı önvarsayımlardan hareketle suçun tipik eylem unsurunun kabulü yerinde değildir. Her somut suç iddiasının koşullarının ayrı ayrı irdelenmesi ve kuşkudan arınmış bir biçimde ispatı gerekir. Ceza muhakemesi hukukunun ispat kurallarından bu alanda ayrılmak için hiçbir haklı neden bulunmamaktadır. **Bu nedenledir ki, Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin uygulamalarını hatalı, Yargıtay'ımızın uygulamalarını ise daha yerinde ve hukuka uygun bulmaktayım. Çünkü, zannedildiğinin aksine, suçun tipik eylem unsuru, belirli bir miktar promilin üzerinde**

⁸³ Danıştay 8. Dairesi, 12. 01. 2005 tarih ve E. 2004/3669, K. 2005/96.

⁸⁴ Bkz. BGH, 1966-12-09, 4 StR 119/66; BGHSt 21, sh: 157.

⁸⁵ ÇINAR, Ali Rıza. in: “Türk Ceza Yasası'na Göre Alkollü Araç Kullanmanın Güvenli Sürüş Yeteneğine Etkileri” Çalıştay Sonuç Bildirgesi (www.turkhukuk sitesi.com) (Siteye Giriş: 09. 06. 2010; Saat: 10.30).

alkol almak olmayıp, miktarı önemsiz olarak, alkol veya uyuşturucu madde alımı ya da başka bir nedenle emniyetli araç kullanma yeteneği olmaksızın trafikte araç kullanmaktır. Burada kıyas ve varsayıma dayalı uygulama yapılamaz ve aksinin yargı uygulaması için önerilmesi hukuken sakıncalıdır.

Türk Ceza Hukukunda Evrensellik İlkesi

Yrd. Doç. Dr. Zeynel T. Kangal*

I. Evrensellik İlkesi

Dünya'nın herhangi bir yerinde, herhangi bir kişi tarafından herhangi bir kişiye karşı işlenen bir suç ile ihlâl edilen veya tehlikeye sokulan hukuksal değer niteliği itibariyle ortak kültür değerlerinden biri ise, mülkiyet, kişisellik ya da koruma ilkeleriyle yetkili olmayan bir devletin ulusal mahkemelerinin kendi kanunlarını bu suça uygulamada kendilerini yetkili görmelerine *evrensellik ilkesi* denilmektedir¹. Böylece bir devlet, ceza kanunlarını uygulamak bakımından fiil, fail veya mağdurla hiçbir bağlantı noktası olmasa bile, evrensel değerlerin korunması sözkonusu olduğunda, yurtdışında yabancılar tarafından yabancı mağdurlara karşı işlenmiş belirli suçlara kendi kanunlarını uygulayabilmektedir.

Evrensellik ilkesinde kendini yetkili gören devlet kendi çıkarlarını değil, uluslararası dayanışma çerçevesinde bir bütün olarak devletler topluluğunun çıkarlarını gözetmektedir. Evrensellik ilkesi insanlığı ilgilendiren ve ihlâl edilmeleri ortak değer yargılarını temelinden sarsan evrensel düzeydeki hukuksal yararların korunması amacıyla kabul edilmektedir².

* Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Öğretim Üyesi.

- 1 **BAUMANN, Jürgen/WEBER, Ulrich/MITSCH, Wolfgang:** *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 11. Auflage, Bielefeld 2003, § 7, No: 42, 58; **GROPP, Walter:** *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Berlin-Heidelberg 2005, § 1, No: 57; **DESPORTES, Frédéric/LE GUNEHEC, Francis:** *Droit pénal général*, 12^e éd., Paris 2005, No: 375, 409; **PRADEL, Jean:** *Manuel de droit pénal général*, 14^e éd., Paris 2002, No: 224; **ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan:** *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, 8. Baskı, Ankara 2005, No: 58; **EREM, Faruk/DANIŞMAN, Ahmet/ARTUK, Mehmet Emin:** *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Ankara 1997, sh: 152; **DEMİRBAŞ, Timur:** *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara 2009, sh: 165; **ÖZGENÇ, İzzet:** *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 4. Baskı, Ankara 2009, sh: 789; **ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner:** *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 4. Baskı, Ankara 2009, sh: 1064.
- 2 **TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, Murat:** *Uluslararası Ceza Hukuku*, Ankara 2009, sh: 148, 149; **WESSELS, Johannes/BEULKE, Werner:** *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 35. Auflage, Heidelberg 2005, No: 70; **DESPORTES/LE GUNEHEC, Droit pénal général, No: 375; **PRADEL, Manuel de droit pénal général, No: 224.****

Evrensellik ilkesine, bu nitelikteki ağır suçların cezasız kalmamasını sağlayarak adaleti uluslararası düzeyde sağlamayı hedeflediği için *adalet ilkesi* adı da verilmektedir³.

Evrensellik ilkesi düşüncesini yaratan fikirlerin oldukça uzun sayılabilecek bir geçmişi vardır. 13. yüzyılda İtalyan doktrini tarafından *Justinianus* Kanunu'nun yorumunun ardından açığa vurulan bu düşünce gereğince, sanığın tutuklanma yeri ikametgâhının bulunduğu yerle bir tutulmaktaydı. Bu yaklaşım Rönesans'tan Klasik Döneme kadar sayısız şehirde ve prenslikte uygulama alanı bulmuştu⁴. Evrensellik ilkesinin en önemli savunucularından biri *Grotius* olmuştur. Gerçekten de evrensellik ilkesinde “*beşerî toplumun yararlarının cezalarla sağlanması*”nın sözkonusu olduğunu belirten Düşünüre göre; “*krallar ve kralların yetkisine eşit bir yetkiye sahip olan kişiler yalnızca kendilerine veya tebaasına karşı işlenen haksızlıklardan dolayı değil, aynı zamanda bu kişilere özel olarak zarar vermemekle birlikte, bu kişileri de ilgilendiren tabiat veya devletler hukukunu ölçüsüzce ihlâl eden haksızlıklardan dolayı da cezalara hükmetme hakkına sahiptirler*”⁵. Bununla birlikte *Grotius*'un fikirleri başta *Voltaire* olmak üzere Fransız düşünürler tarafından eleştirilmiştir. *Voltaire*'e göre, her ülkenin hukuksal sınırları vardır ve ülkeler işlenen suçlarda yalnızca zaman ve yer bakımından bir yetkiye sahiptirler⁶. Böylece Aydınlanma Dönemi düşünürleri tarafından savunulan mülk ilkesi kanunlara da katı bir şekilde yansımıştı. Bununla birlikte, evrensellik ilkesine ilişkin fikirler *Beccaria* tarafından ortaya atılmaktaydı; “*Örneğin İstanbul'da işlenen ağır bir suçun, insanlığa zarar veren suçun bütün insanların hasımlığını hak ettiği soyut nedeninden dolayı Paris'te cezalandırılabilmesi ve evrensel kınamaya konu olması gerektiği istenmektedir. Bununla birlikte hâkimler, genel olarak beşerî duyarlılığın öcalıcıları değildirler. Fakat insanları kendi aralarında bağlayan sözleşmeleri temsil etmektedirler*”⁷.

3 ŞEN, Ersan: *Türk Ceza Hukuku*, İstanbul 2002, sh: 99.

4 DELMAS-MARTY, Mireille: *Le relatif et l'universel*, Paris 2004, sh: 205-206.

5 Bkz. DELMAS-MARTY, Mireille: “Küreselleşme Etiği Olarak Ceza Hukuku”, (Çev.: Zeynel T. KANGAL), YÜHFD 2005, c: II, sy: 2, sh: 14.

6 Bkz. DELMAS-MARTY, “Küreselleşme Etiği Olarak Ceza Hukuku”, sh: 14.

7 Bkz. DELMAS-MARTY, “Küreselleşme Etiği Olarak Ceza Hukuku”, sh: 14.

Evrensellik ilkesi birtakım sakıncaları da beraberinde getirmektedir⁸. Evrensellik ilkesinin en büyük sakıncası *non bis in idem* ilkesini ihlâl etme riskidir. Evrensellik ilkesi gereğince yargılama yapan bir devletin ulusal mahkemesi tarafından verilen karar, mülkilik ilkesi gereğince yetkili olan devlet tarafından tanınmayacağından fail aynı fiilden dolayı birden fazla yargılamayla karşı karşıya kalabilecektir. Bu sakıncanın önüne geçebilmek için evrensellik ilkesine yer veren uluslararası sözleşmeler veya tek taraflı olarak devletler, failin daha önce yargılanmamış olması veya iade edilmesinin mümkün olmaması koşullarını aramaktadırlar⁹.

Evrensellik ilkesinin diğer bir sakıncası da, bu yetkinin kapsamına hangi hukuksal yararların ve suçların gireceğinin tespit edilmesindeki güçlüktür. Devletler kendi düzenlemeleri ile tek taraflı olarak kabul ettikleri evrensellik yetkilerinin kapsamını oldukça geniş tutma olanağına sahip olabilmektedirler. Böylece evrensellik ilkesi gereğince kendini yetkili sayan devlet, adeta suçun işlendiği devletin kamu düzeninin koruyucusu hâline dönüşmektedir¹⁰. Evrensel yetki kurallarının uygulanması “ulusal hâkimlerin küreselleşmesi”ne yol açmakta, hatta onların, *Beccaria*’nın deyimiyile “insancıl mizaçlı başıboş şövalyelere” dönüşme riskini de beraberinde getirmektedir¹¹.

Evrensellik ilkesinin sakıncalarından biri de, işlendiği yerde suç teşkil etmeyen bir fiilin evrensellik ilkesi gereğince kendini yetkili sayan bir devlet kanununca cezalandırılmasıdır¹².

Evrensellik ilkesinin başka bir sakıncası da, delillerin suçun işlendiği devlet makamlarında bulunması nedeniyle evrensellik ilkesi gereğince kendini yetkili sayan devletin ulusal mahkemeleri tarafından sağlıklı bir yargılama yapılmasındaki güçlüktür¹³.

8 Evrensellik ilkesinin ortaya çıkardığı çeşitli sorunlar için ayrıca bkz. **KURT-YÜCEKUL, Gülşah/ AKYÜREK, Güçlü:** “Evrensel Yargı İlkesi ve Teorisi İle İlgili Sorular”, Suç ve Ceza, Ocak-Şubat-Mart 2008, sy: 1, sh: 145 vd.

9 **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK,** *Uluslararası Ceza Hukuku*, sh: 150.

10 **DESPORTES/LE GUNEHEC,** *Droit pénal général*, No: 375.

11 **DELMAS-MARTY,** “Küreselleşme Etiği Olarak Ceza Hukuku”, sh: 12.

12 **ÖNDER, Ayhan:** *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1992, sh: 123.

13 **ÖNDER,** *Ceza Hukuku Dersleri*, sh: 123; **SOYASLAN, Doğan:** *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Baskı, Ankara 2005, sh: 147.

II. Türk Ceza Hukukunda Evrensellik İlkesi

1) Uluslararası Sözleşmelere Göre Evrensellik İlkesi

Türkiye'nin taraf olduğu birçok uluslararası sözleşmede evrensellik ilkesi açıkça öngörülmüştür.

12 Ağustos 1949 tarihli Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi md. 146, Harp Hâlindeki Silâhlı Kuvvetlerin Hasta ve Yaralıların Vaziyetlerinin Islahı Hakkında Cenevre Sözleşmesi md. 49, Silâhlı Kuvvetlerin Denizdeki Hasta, Yaralı ve Kazazedelerinin Vaziyetlerinin Islahı Hakkında Cenevre Sözleşmesi md. 50 ve Harp Esirlerine Yapılacak Muamele ile ilgili Cenevre Sözleşmesi md. 129, sözleşmelerinde öngörülen suçları işleyen herkesin, vatandaşlıkları ne olursa olsun, taraf devlet mahkemeleri tarafından yargılanacağını ifade etmektedirler¹⁴.

1961 tarihli Uyuşturucu Maddelere Dair 1961 Tek Sözleşmesi'nin¹⁵ 36. maddesi sözleşmede öngörülen suçları işlediği iddia edilen kişinin iadesi mümkün olmadığı ve aynı fiilden dolayı daha önce yargılanmamış olduğu takdirde, bulunduğu devlet kanununa göre yargılanmasını öngörmektedir.

16.12.1970 tarihli Uçakların Kanun Dışı Yollarla Ele Geçirilmesinin Önlenmesine Dair Lahey Sözleşmesi¹⁶ md. 4 ve 23.09.1971 tarihinde Montreal'de imzalanan Sivil Havacılığın Güvenliğine Karşı Kanun Dışı Eylemlerin Önlenmesine İlişkin Sözleşme¹⁷ md. 7, sanığın iade edilmesi hâlinde yakalandığı devlet kanununa göre yargılanmasını öngörmektedir.

14.12.1973 tarihinde New York'ta imzalanan Diploması Ajanları da Dahil Olmak Üzere Uluslararası Korunan Kişilere Karşı İşlenen Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi¹⁸ md. 3/2, evrensellik ilkesini kabul etmektedir.

¹⁴ Bu Sözleşmeler 21.01.1953 tarih ve 6020 sayılı Kanunla onaylanmıştır (R.G. 30.01.1953, sy: 8322).

¹⁵ Bu Sözleşme, 27.12.1966 tarih ve 812 sayılı Kanunla onaylanmıştır (R.G. 12.05.1967, sy: 12596).

¹⁶ Bu Sözleşme 30.11.1972 tarih ve 1634 sayılı Kanunla onaylanmıştır (R.G. 31.03.1973, sy: 14493).

¹⁷ Bu Sözleşme 17.04.1975 tarih ve 1888 sayılı Kanunla onaylanmıştır (R.G. 29.11.1975, sy: 15427).

¹⁸ Bu Sözleşme 21.01.1981 tarih ve 2324 sayılı Kanunla onaylanmıştır (R.G. 01.05.1981, sy: 17327).

Yine 27.01.1977 tarihinde Strasburg'ta imzalanan Tedhişçiliğin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi'nin¹⁹ 6. maddesi, taraf devletin, ülkesinde bulunan sanığı iade etmemesi hâlinde kendi kanununa göre yargılamasını düzenlemektedir.

1984 tarihli İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsanî veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi²⁰ md. 5/2'ye göre; “... her taraf Devlet, itham olunan şahsın kendi yetkisi altındaki ülkelerde bulunması ve bu şahsı 8. maddeye uygun olarak bu maddenin 1. paragrafında zikredilen Devletlerden herhangi birisine iade etmediği takdirde kendi yetkisini tesis etmek için lüzumlu olabilecek tedbirleri alacaktır”. Yine Sözleşme'nin 7. maddesinin 1. fıkrasına göre; “Bir taraf devletin egemenliği altında olan bir ülkede sözleşmenin 4. maddesinde belirtilen bir suçu işlemiş olduğu iddia edilen bir kimsenin bulunması hâlinde, bu devlet eğer bu kimseyi iade etmeyecek ise 5. maddede öngörülen hâllerde olayı kovuşturması için yetkili makamlarına havale edecektir”.

2) Türk Ceza Kanunu'na Göre Evrensellik İlkesi

TCK md. 13'te tek taraflı evrensel yetki kuralı öngörülmüştür. Buna göre Türkiye'nin evrensel yetkisini kullanabilmesi için bazı koşullar gerekmektedir.

İlk koşul, TCK md. 13'te belirtilen suçların bir yabancı veya Türk vatandaşı tarafından işlenmesi gerekliliğidir. TCK md. 13'te belirtilen suçların faili Türk vatandaşı olduğu takdirde, Türk kanunları faile göre kişisellik ilkesi gereğince değil, evrensellik ilkesine göre uygulama alanı bulacaktır. Nitekim Türk vatandaşı tarafından yurtdışında işlenen suçlara Türk kanunlarının uygulanmasının koşullarını gösteren TCK md. 11, “13 üncü maddede yazılı suçlar dışında” ifadesini kullanarak evrensellik ilkesine, faile göre kişisellik ilkesine göre öncelik vermiştir.

İkinci koşul, suçun yabancı ya da Türk vatandaşı veya Türk kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişisinin zararına işlenmiş olmasıdır. Gerçekten TCK md. 13'teki suçlardan biri yabancı bir kişiye karşı

¹⁹ Bu Sözleşme 27.10.1980 tarih ve 2327 sayılı Kanunla onaylanmıştır (R.G. 26.03.1981, sy: 17291).

²⁰ Bu Sözleşme 21.04.1988 tarih ve 3441 sayılı Kanunla onaylanmıştır (R.G. 10.08.1988, sy: 19895).

işlenmiş olabileceği gibi, yabancı bir devlete karşı da işlenmiş olabilir. Eğer TCK md. 13'te sayılan suçların mağduru Türk vatandaşı ise, Türk kanunları mağdura göre kişiselilik ilkesi gereğince değil, evrensellik ilkesi gereğince uygulama alanı bulacaktır. Nitekim TCK md. 12/1-2, evrensellik ilkesini düzenleyen TCK md. 13'ü saklı tutmuştur. Yine TCK md. 13'te belirtilen suçların faili ve mağduru yabancı ise, artık ikame yargı ilkesine göre değil (TCK md. 12/3), evrensellik ilkesine göre Türk kanunları uygulama olanağı bulacaktır. Bununla birlikte, Türkiye'nin zararına işlenen bir suç sözkonusu ise, bu suç TCK md. 13/1-b kapsamında olduğu takdirde, artık koruma ilkesi geçerlidir. Başka bir ifadeyle, TCK md. 13/1-b belirtilen suçlar bakımından evrensellik ilkesi değil, koruma ilkesi geçerlidir. TCK md. 13/1-b'nin dışında kalan yurtdışında bir yabancı tarafından Türkiye'nin zararına olarak işlenen suçlar, TCK md. 13'teki diğer suçların kapsamına giriyorsa, evrensellik ilkesi yine uygulama alanı bulur.

Üçüncü koşul, TCK md. 13'te belirtilen suçlardan birinin yabancı ülkede işlenmiş olması gerekliliğidir. Suç bir yabancıya karşı yabancı tarafından Türkiye'de işlenmiş ise, mülkilik ilkesi gereğince Türk kanunları uygulama alanı bulacağından (TCK md. 8), evrensellik ilkesine başvurulamaz.

Dördüncü koşul ise, fiilin TCK md. 13'te belirtilen katalogda yer alan suçlardan birini oluşturmasıdır²¹. Bu suçlar şunlardır²²;

- Soykırım (TCK md. 76), insanlığa karşı suçlar (TCK md. 77-78), göçmen kaçakçılığı (TCK md. 79), insan ticareti (TCK md. 80).
- İşkence (TCK md. 94, 95).
- Çevrenin kasten kirlenmesi (TCK md. 181).
- Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (TCK md. 188), uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (TCK md. 190).

²¹ TCK md. 13/1-h'de yer alan "Rüşvet (madde 252)" ibaresi 26.06.2009 tarihli ve 5918 sayılı kanunla (R.G. 09.07.2009, sy: 27283) metinden çıkarılmıştır. Böylece rüşvet suçu evrensellik ilkesinin artık kapsamında bulunmamaktadır.

²² *Hafizoğulları*, TCK md. 13'te çok fazla sayıda suça yer veren kanun koyucunun dünya ülkelerinin "bekçiliğine" soyunduğunu ifade etmektedir (**HAFIZOĞULLARI, Zeki: Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler**, Ankara 2008, sh: 41).

- Parada sahtecilik (TCK md. 197), para ve kıymetli damgaları imale yarayan araçların üretimi ve ticareti (TCK md. 200), mühürde sahtecilik (TCK md. 202).
- Fuhuş (TCK md. 227).
- Deniz, demiryolu veya havayolu ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması (TCK md. 223, fıkra 2, 3) ya da bu araçlara karşı işlenen zarar verme (TCK md. 152) suçları.

Beşinci koşul, failin Türkiye’de bulunmasıdır²³. Gerçi TCK md. 13’te bu koşula açıkça yer verilmemiştir. Ancak Türk hukukunda yargılamanın yapılabilmesi için sanığın hazır bulunması gereklidir (CMK md. 193, 244, 247).

Altıncı koşul, evrensellik ilkesinin kapsamına giren suçlardan dolayı Türkiye’de yargılama yapılabilmesi için Adalet Bakanı’nın talebinin bulunmasının gerekliliğidir (TCK md. 13/2)²⁴. Bu kovuşturma koşulu maddeye 5377 sayılı Kanun’un 3. maddesiyle dâhil edilmiştir²⁵. Evrensellik yetkisinin böyle bir kovuşturma koşuluna bağlanması Adalet Bakanı’na dış politika bakımından bazı menfaat dengelerini gözetme olanağı sağlamaktadır. Bu düzenlemenin Anayasa’nın hukuk devleti (AY md. 2) ve eşitlik (AY md. 10) ilkelerine aykırı olduğu iddiasını Anayasa Mahkemesi reddetmiştir²⁶.

²³ Aksi görüş için bkz. **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, sh: 1066.

²⁴ “... 5237 sayılı TCK’nun 13. maddesinin 2. fıkrası hükmü gereğince; sözkonusu maddenin 1. fıkrasında öngörüldüğü üzere, Türk vatandaşı olup, yabancı ülkede uyuşturucu madde ticareti yapmak suçunu işleyen sanığın yargılama yapılıp yapılmaması bir kovuşturma şartı olarak Adalet Bakanlığı’ndan görüş sorulması gerektiği gözetilmeden, yargılamaya devamlı yazılı şekilde hüküm kurulması...” (10. CD., 11.12.2007, E. 16011/K. 14576, **GÜNDEL, Ahmet**: *Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması*, c: 1, Ankara 2009, sh: 293).

²⁵ Bu düzenlemenin gerekçesi şöyledir; “Kanunun 13’üncü maddesinde sayılan belli suçlardan dolayı, kim tarafından, nerede ve hatta, kime karşı işlenmiş olursa olsun, Türkiye’de Türk kanunlarına göre yargılama yapılabilecektir. // Ancak, bu suçlardan bir kısmıyla ilgili olarak ‘kamu davasının açılmasında mecburilik kuralı’nın benimsenmesi, bazı durumlarda politik bir sorun ortaya çıkarabilecek bir mahiyet taşımaktadır. Bu nedenle, madde metnine ikinci fıkra olarak eklenen bu hükümle, maddede yer alan ve birinci fıkranın (b) bendinde sayılanlar dışındaki diğer suçlardan dolayı Türkiye’de yargılama yapılabilmesi Adalet Bakanının talebine bağlı tutulmuştur” (Gerekçe için bkz. **ŞAHİN, Cumhur/ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem**: *Türk Ceza Hukuku Mevzuatı*, c: 1 (Kanunlar), 4. Bası, Ankara 2010, sh: 123).

²⁶ “Türkiye’nin taraf olduğu ve ‘aut dedere aut punire’ (ade et veya cezalandır) kuralına yer verilen anlaşmalarda, belli suçların Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin güvenliğine veya anayasal düzenine karşı

Yedinci koşul, evrensellik ilkesinin kapsamına giren suçlardan dolayı faillerin Türkiye’de yargılanabilmesi için aynı fiilden dolayı daha önce yabancı ülkede haklarında bir karar verilmemiş olmasıdır. Eğer failler hakkında yabancı bir devlet mahkemesi tarafından hüküm verilmişse, *non bis in idem* ilkesi gereğince Türkiye’de yeniden bir yargılama yapılamaz. Bununla birlikte, TCK md. 13/3 buna bir istisna getirmiştir.

ya da Türkiye’nin zararına olarak işlenmiş suç olmamasına, fail ve mağdurlarının Türk vatandaşı olmamasına ve ayrıca Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin egemenlik alanı dışında işlenmiş olmasına rağmen Türkiye’ye yargılama yapma konusunda yükümlülükler yüklenmektedir. Bu sözleşmelerle, çeşitli hukuki mülahazalarla geri verme yoluna gidilmemesi halinde, taraf devletlere yargılama ve cezalandırma yükümlülüğü yüklenmiştir. Bu suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılmasının, Türkiye’nin barış esasına dayalı diplomatik ilişkilerini olumsuz yönde etkileyecek bir sonuç doğurması, Türk milletinin ve bir parçasını oluşturduğu dünya milletler topluluğunun varlığı ve geleceği gözetilerek öngörüldüğü anlaşılmaktadır. // Öte yandan 13. maddenin gerekçesinde de, Adalet Bakanı’na bu yetkinin verilmesinin, sayılan suçlardan bir kısmıyla ilgili olarak ‘kamu davasının açılmasında zorunluluk kuralı’nın benimsenmesinin kimi durumlarda politik bir sorun yaratabilecek nitelikte olmasına bağlanmıştır. Bu hükümle, birinci fıkranın (b) bendinde sayılanlar dışındaki diğer suçlardan dolayı Türkiye’de yargılama yapılmasının ortaya çıkarabileceği siyasi sorunların önüne geçilmesinin amaçlandığı belirtilmiştir. // Ceza kanunlarının, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa’nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin genel durumu, sosyal ve ekonomik hayatın gereksinimleri gözönüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre düzenlenmesi gerekir. // Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, Anayasa’nın ve yasaların üstünde yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir. Hukuk devletinde yasakoyucu, Anayasa kurallarına bağlı olmak koşuluyla ihtiyaç duyduğu düzenlemeyi yapma yetkisine sahiptir. // Cezaların, suçların ağırlık derecelerine göre önleme ve ıslah amaçları da gözönünde tutularak adaletli bir ölçü içinde konulması ceza hukukunun esaslarındandır. // Anayasa’nın 10. maddesinde, herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu, hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamayacağı, Devlet organları ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda olduğu belirtilmiştir. Bu ilke, birbirinin aynı durumunda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını, ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Aynı durumda olanlar için farklı düzenleme eşitliğe aykırılık oluşturur. Anayasa’nın amaçladığı eşitlik, mutlak ve eylemli eşitlik değil hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, aynı hukuksal durumlar aynı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’nın öngördüğü eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olmaz. Kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında, yasalara konulan kurallarla değişik uygulamalar yapılamaz. // İptali istenilen kuralla bireyler ve topluluklar arasında eşitlik ilkesine aykırı bir ayırım yapılmamış, milletlerarası sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülükler ve ülkenin politik çıkarları nedeniyle kimi suçlar bakımından maddenin uygulanması Adalet Bakanının talebine bağlı tutulmuştur. Adalet Bakanı’na tanınan bu yetki, yargısal değerlendirmeden ziyade Devlet ve toplum yararı açısından bir takdir yetkisinin kullanılmasıdır. // Belirtilen nedenlerle, Türk Ceza Kanunu’nun 13. maddesinin (1) numaralı fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen (2) numaralı fıkrasında yer alan kural Anayasa’nın 2., 10. ve 11. maddelerine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir” (AYM, 05.03.2009, E. 2005-79/K. 2009-38, R.G. 03.10.2009, sy: 27365).

Buna göre, soykırım (TCK md. 76), insanlığa karşı suçlar (TCK md. 77-78), göçmen kaçakçılığı (TCK md. 79) ve insan ticareti (TCK md. 80) suçlarından dolayı yabancı bir ülkede mahkûmiyet veya beraat kararı verilmiş olsa bile, Adalet Bakanı'nın talebi üzerine Türkiye'de yeniden yargılama yapılır. Bununla birlikte hukukumuzda hüküm, beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararlarından ibarettir (CMK md. 223). Dolayısıyla yabancı bir devlet mahkemesi tarafından beraat ve mahkûmiyet dışında bir karar verilmiş ise, Türkiye'de yeniden yargılama yapıp yapılamayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Kanaatimizce, kanun koyucunun amacı, bu suçlar bakımından yabancı ülkede bir yargılama sonucunda hüküm verilmiş olsa bile Türkiye'de yeniden yargılama yolunu açmaktır. Evrensellik ilkesinin kapsamına giren diğer suçlar bakımından ise, mahkûmiyet veya beraat kararı dışında bir hüküm verilmiş olsa bile, Türkiye'de yeniden yargılama yapılamaz. Bu yüzden yabancı ülkede verilen hükmü, mahkûmiyet ve beraat kararlarıyla sınırlı olarak değerlendirmemek gerekir²⁷. Yabancı bir ülkede herhangi bir kişi tarafından herhangi bir kişiye karşı işlenen belirli suçların Türkiye'de cezalandırılmasının nedeni, insanlığın ortak kültür değerlerine yönelik ağır nitelikteki suçların cezasız kalmamasını sağlamaktır. Bu amaca ulaşılmışsa, yeniden Türkiye'de yargılama yapılması *non bis in idem* ilkesine aykırılık teşkil edecektir²⁸. Türkiye'de yeniden yargılanmaları mümkün olan suçlardan dolayı yabancı ülkede mahkûm olunan ceza kısmen veya tamamen infaz edilmişse, infaz edilen miktar Türkiye'de hükmolunan cezadan mahsup edilmelidir (TCK md. 16).

Sekizinci koşul, evrensellik ilkesinin kapsamına giren suçlardan dolayı failin suçun işlendiği ya da vatandaşı olduğu devlete geri verilmesinin mümkün olmamasıdır. Gerçi bu koşul kanunda açıkça öngörülmemiştir. Ancak evrensellik ilkesinin *ya iade et ya cezalandır* [*aut dedere, aut punire*; daha doğru bir ifadeyle *ya iade et ya yargıla* (*aut dedere, aut judicare*)] kuralından doğduğu dikkate alındığında, Türkiye, evrensellik ilkesinin kapsamına giren bir suçu işlediği iddia edilen kişinin ön-

27 Aynı yönde bkz. KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 2. Baskı, Ankara 2008, sh: 87.

28 CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem: *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 4. Bası, İstanbul 2006, sh: 142.

celikle suçun işlendiği ülkeye veya vatandaşı olduğu devlete geri verilmesinin mümkün olup olmadığını araştırmalıdır. Geri verme talebi yoksa ya da failin geri verilmesi mümkün değilse, bu durumda Türkiye’de yargılama yapılmalıdır²⁹.

Dokuzuncu ve son koşul ise, TCK md. 13’ün kapsamına giren bir suçtan dolayı Türkiye’de yargılama yapılabilmesi için fiilin, işlendiği ülke kanunlarına göre de suç oluşturmasının gerekliliğidir. Evrensellik ilkesine göre Türkiye’de yapılacak yargılamalarda suçun işlendiği ülke kanununun gözönünde bulundurulup bulundurulmayacağı önemli bir sorun teşkil etmektedir. Bir görüşe göre, TCK md. 13/1’de kullanılan “*Türk kanunları uygulanır*” ifadesi nedeniyle suçun işlendiği ülke kanunu gözönünde bulundurulamaz³⁰. Kanaatimizce TCK md. 13/1’deki bu ifade kanun koyucu tarafından yabancı kanunun gözönünde bulundurulmasını engellemek amacıyla konulmamış, aksine evrensellik ilkesini belirtmek için metne dâhil edilmiştir. Bu nedenle evrensellik ilkesinin kapsamına giren bir suçtan dolayı Türk kanunlarına göre yargılama yapılırken, TCK md. 19 gereğince suçun işlendiği ülkenin kanunu gözönünde bulundurulmalıdır. Kaldı ki suçun işlendiği ülkenin kanununun gözönünde bulundurulmasının istisnalarını TCK md. 19/2 göstermiştir. Burada açıkça gösterilen istisnalar dışında yeni istisnalar yaratmak kanun koyucunun amacına uygun düşmez. Böylece TCK md. 13’ün kapsamına giren bir suçtan dolayı Türkiye’de yargılama yapılırken TCK md. 19 uygulanabileceğinden, bu düzenleme gereğince yargılama konusu fiilin, işlendiği ülke kanunları gereğince de suç teşkil etmesinin gerektiği sonucuna varılmaktadır³¹. TCK md. 13’ün kapsamına giren bir suçtan dolayı Türkiye’de yargılama yapılabilmesi için bu suçun kovuşturulabilir nitelikte olması gerekir. Böyle bir suç Türkiye’de genel af kapsamında bulunuyorsa, artık Türk kanunları uygulanamaz. Suçun işlendiği ülkede genel affa uğramış TCK md. 13 kapsamındaki bir suç hakkında ise, Türkiye’de yargılama yapılabilmelidir³². Yine TCK md. 13 kapsamındaki bir suçun zamanaşımına uğrayıp uğramadığı Türk huku-

29 Aynı yönde bkz. **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, *Uluslararası Ceza Hukuku*, sh: 155.

30 **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, sh: 141.

31 **ÖZGENÇ**, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, sh: 796.

32 **CİHAN, Erol/YENİSEY, Feridun/ALTUNÇ, Sinan**: “Türkiye’de Evrensel Yargı Yetkisi İlkesi”, *Suç ve Ceza*, Ocak-Şubat-Mart 2008, sy: 1, sh: 169.

kuna göre tespit edilecektir. Suçun işlendiği ülke kanununda zamanaşımı daha kısa olsa bile, Türk hukukuna göre zamanaşımına uğramadığı sürece Türk mahkemelerinde yargılama yapılabilecektir³³. Bu bağlamda soykırım suçu (TCK md. 76/4), insanlığa karşı suçlar (TCK md. 77/4) ve bu suçları işlemek için örgüt kurma, yönetme veya örgüte üye olma suçu (TCK md. 78/3) bakımından zamanaşımının işlemeyeceğine ilişkin kurallar gözönünde bulundurulmalıdır.

33 CİHAN/YENİSEY/ALTUNÇ, "Türkiye'de Evrensel Yargı Yetkisi İlkesi", sh: 171.

Çevre Ceza Hukuku

Helge Elisabeth Zeitler* / Çev. Dr. R. Barış Erman** / Stj. Av. Pelin Ener

1. Giriş

Çevre suçu, Avrupa Birliği'nin merkezi kaygılarından biridir. AB'nin Adalet ve İçişleri alanındaki ilk çalışma programının kabul edilmiş olduğu 15 ve 16 Ekim 1999 tarihli Tampere Avrupa Konseyi, aralarında çevre suçunun da yer aldığı bir dizi özel önem taşıyan alana odaklanarak, suçlara ve cezalara ilişkin ortak tanımların kabul edilmesi yönünde çaba gösterilmesini talep etmişti. Fakat ortak AB eyleminin önemi üzerindeki bu uzlaşmaya karşın, çevre ceza hukuku, bir yanda (Avrupa Parlamentosu'nun desteklediği) Avrupa Komisyonu, diğer yanda ise (Üye Devletlerin çoğunluğunun desteklediği) Konsey arasında ciddi bir kurumsal mücadelenin merkezi haline dönüşmüştür. Bahse konu olan, en azından, birinci ve üçüncü sütunlar arasındaki, yani aynı zamanda Komisyon ile Üye Devletler arasındaki güç dağılımıdır. Bu mücadelenin günümüzdeki etkisi, çevre ceza hukuku alanında oluşan ve çevre ceza hukukunun sınır aşan niteliği ile Üye Devletlerin ulusal mevzuatlarındaki önemli farklılıklar dikkate alınarak olabildiğince çabuk bir şekilde kapatılması gereken bir kanun boşluğudur.

2. Genel Çevre Ceza Hukuku

a) Arka Plan

2000 yılının Şubat ayında Danimarka, Çevre Ceza Hukuku ile ilgili bir Çerçeve Karar (ÇK) kabul edilmesi yönünde bir girişim¹ başlatmıştır. 2001 yılında, Avrupa Komisyonu bu girişimi, Çevrenin Ceza Hukuku Yoluyla Korunması Hakkında Bir Yönerge Önerisi ile takip etmiştir². Bu

* Yazar, Avrupa Komisyonu'nun Adalet, Özgürlük, Güvenlik Genel Müdürlüğü'nde çevre ceza hukuku görevlisidir. Görüşleri, Avrupa Komisyonu'nun görüşlerini temsil etmemektedir.

** Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı'nda Yardımcı Doçent.

1 OJ C 39, 11.2.2000, s. 4.

2 COM (2001) 139 son.

öneride suç tipleri, bir Ek altında listelenmiş bulunan ikincil çevre mevzuatına aykırılıklar olarak, ya da kasten veya ağır taksir ile işlendiklerinde, ulusal uygulama mevzuatı olarak düzenlenmişlerdir; bu gibi davranışlara azmettirme veya iştirak da suç olarak belirlenmiştir. Yaptırımlar bakımından öneri, gerçek kişiler hakkında, ciddi durumlarda özgürlüğün kısıtlanmasını da içeren cezai yaptırımlar öngörmek hususunda Üye Devletleri yükümlü kılmaktadır. Tüzel kişilere para cezalarının uygulanması, Üye Devletler bakımından ancak “uygun olduğu ölçüde” bir yükümlülük olarak getirilmişti. Yönerge önerisi Avrupa Parlamentosu’ndaki ilk görüşmeden geçti ve bunun ardında değişikliklerle kabul edildi. Bununla birlikte Konsey, öneriyi hiçbir zaman tartışmaya açmamış, fakat buna karşılık Danimarka’nın ÇK önerisini tartışarak sonuçta 2003 yılının başlarında kabul etmiştir.

b) 2003/80/JHA sayılı Çerçeve Karar

Çevrenin Ceza Hukuku Yoluyla Korunması Hakkındaki 2003/80/JHA sayılı ÇK³, önemli ölçüde Çevrenin Ceza Hukuku Yoluyla Korunması Hakkında Avrupa Konseyi Sözleşmesi’nin⁴ yapısı üzerine kurulmuştur. Tek bir ayrıksı suç tipi (Madde 2 (a)) hariç olmak üzere, suç tipleri, “hukuka aykırı” davranış koşulunu içerecek şekilde tanımlanmışlardır, örn. “çevrenin korunması amacına yönelmiş bulunan Topluluk Hukukunun bağlayıcı hükümlerini yürürlüğe koyanlar dahil olmak üzere, bir kanunu, idari düzenlemeyi veya yetkili bir merci tarafından alınmış bir kararın ihlal etmek”. Suçlar kasten ya da “taksirle veya en azından ağır taksirle”, ve bunun dışında azmettirme veya iştirak yoluyla işlenebilirler.

Üye Devletler, öngörülen yaptırımların, en azından ciddi durumlarda, suçluların geri verilmesine yol açabilecek surette özgürlüğün kısıtlanmasını, yani genel olarak bir yıldan daha fazla hapis cezasını içermesini güvence altına almakla yükümlüdürler (Madde 5). ÇK’nin 6’ncı maddesi, tüzel kişilerin yapısı içinde yönetici konumunda bulunan kişiler tarafından tüzel kişi lehine olarak işlenen suçlardan tüzel kişinin sorumlu tutulmasının zorunlu olduğu hallere ilişkin esasları ve bu gibi kişilerin gözetim ve denetim görevlerinin ihmalinden sorumlu tutulabilecekleri

³ OJ L 29, 05.02.2003, s. 55.

⁴ ETS No. 172, 4.11.1998.

halleri tanımlamaktadır. Tüzel kişilere ilişkin yaptırımlar, adli veya idari para cezalarını içereceklerdir ve buna ek olarak, kamuya yararlı kuruluş statüsünden mahrumiyet veya adli nitelikte bir fesih kararını vb. içerebilirler.

ÇK, Üye Devletleri, bir suçun kısmen veya tamamen kendi ülkelerinde ya da kendilerinde kayıtlı bulunan veya kendi bandıralarını deniz veya hava taşıtlarında işlenmesi halinde yargı yetkilerini kullanmakla yükümlü kılmakta ve diğer seçimlik yargı yetkisi ilkelerine de olanak tanımaktadır (Madde 8). Özellikle bir Üye Devlet'in vatandaşları tarafından bu devletin ülkesi dışında işlenen suçlardan dolayı suçluların geri verilmesine ve kovuşturmaya ilişkin ek kurallar (Madde 9), Avrupa Tutuklama Kararı'nın yürürlüğe girmesi ile önemlerini yitirmişlerdir.

c) ÇK'nin İptali ve Öngörüler

Komisyon tarafından bir Yönerge'nin, Danimarka tarafından ise bir ÇK'nin kabulü yönünde farklı, fakat esas itibariyle benzer nitelikteki iki önerinin sunulmuş olması, çevre ceza hukukunun, Avrupa Komisyonu ile Konsey arasında ceza hukukuna ilişkin hükümlere birinci sütun araçları arasında yer verilmesinin mümkün olup olmadığı noktasında ciddi bir kurumsal mücadelenin merkezi haline dönüştüğünü kanıtlamaktadır. ÇK'nin Konsey önündeki tartışmaları sırasında Komisyon, bir ÇK'nin çevre suçuna ilişkin hükümler bakımından uygun bir hukuksal araç olmadığı görüşünü sürekli olarak savunmuştur. Kabul edilmesinden kısa süre sonra, 2003 yılının Nisan ayında, Komisyon, ÇK'nin Avrupa Adalet Divanı tarafından hukuksal dayanağın hatalı olduğu gerekçesi ile iptal edilmesi için girişimde bulunmuştur. Komisyonu Avrupa Parlamentosu, Konseyi ise 11 Üye Devlet desteklemiştir. Muhakemenin sonucu, Komisyon'un görüşünün açık bir zaferi olmuştur. Mahkeme ÇK'yi iptal etmiş ve kararın 1 ila 7'nci maddelerinin Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın 175'inci maddesindeki temellere dayanarak uygun bir şekilde kabul edilebileceğine, bu suretle kararın üçüncü sütun hükümleri altında kabul edilmesinin Avrupa Birliği Antlaşması'nın 47'nci maddesine aykırılık teşkil ettiğine hükmetmiştir⁵.

5 C-176/03, 13 Eylül 2005 tarihli Karar (Büyük Daire).

Konu hakkındaki temel mütalaa, Kararın 48'inci paragrafında, Mahkemenin aşağıdaki sözleri ile ortaya çıkmıştır: “Bununla birlikte, son sırada değinilen bulgu [buna göre genel olarak ceza hukuku AB Antlaşması'nın kapsamına dahildir], yetkili ulusal merciler tarafından etkili, ölçülü ve caydırıcı cezai yaptırımların uygulanmasının ciddi çevre suçları ile mücadeleye ilişkin esaslı bir önlem olarak görüldüğü hallerde, Topluluk mevzuatının, çevrenin korunmasına ilişkin olarak getirdiği kuraların bütünüyle etkili olması bakımından gerekli gördüğü durumlarda, Üye Devletlerin ceza hukukları ile ilişkili önlemler almasını engellemez...”

Bu mütalaa, gelecekteki mevzuat bakımından önemli değişiklikleri beraberinde getirecektir. Komisyon, iptal edilen ÇK'nin yerine geçmek üzere çevre ceza hukukuna ilişkin yeni bir yönerge önerisi sunduğunda, bu yönergenin Konsey tarafından oybirliği yerine nitelikli çoğunlukla kabul edilmesi mümkün olacak, Parlamento'nun da öneriyi onaylaması gerekecektir (zira ÇK'lerde Parlamento'ya yalnızca danışılmaktadır). Bunun ötesinde, yönerge iç hukuka uygun bir şekilde dahil edilmediğinde, Komisyon, Üye Devlet aleyhinde Avrupa Adalet Divanı önünde bir ihlal davası açabilecek ve Divan da Üye Devlet hakkında ağır cezalara hükmedebilecektir.

Komisyon, Mahkeme Kararının günümüzdeki ve gelecekteki mevzuat üzerindeki etkilerine ilişkin yorumunu içeren bir Tebliğ yayımlamıştır⁶. Çevre suçuna ilişkin yeni bir yönerge önerisinin en kısa zamanda kabul edilebilmesi için, Komisyon, çevrenin etkin bir şekilde korunmasını güvence altına almak için ceza hukuku ile ilgili hangi hükümlerin birinci sütun aracına dahil edilmesinin gerekli olduğunu dikkate alacaktır.

3. Deniz Kirliliğine Karşı Ceza Hukuku Yoluyla Mücadele

a) Arka Plan

Galiçya kıyısı açıklarında Kasım 2002'de meydana gelen “Prestige” adındaki tanker faciası, gemi kaynaklı kirlenmeye karşı bir AB ortak eylemine yönelik acil gereksinimi ortaya koymuştur. Yaklaşık olarak

⁶ COM (2005), 583 son, 24.11.2005.

aynı dönemde kabul edilmek üzere olan, yukarıda anılan çevre ceza hukuku hakkındaki ÇK, bu konuyu açık bir şekilde kapsamamaktaydı. Avrupa Birliği Konseyi'nin siyasi beyanları, AB mevzuatı çerçevesinin hızlı bir şekilde kabul edilmesine oybirliği ile çağrıda bulunmaktaydı. Bu nedenle Komisyon, teknik düzenlemelere yönelik önerilere ek olarak, 2003 baharında suç tiplerine ve yaptırımlar hakkında, bir tanesi (Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın ortak ulaştırma siyasasına ilişkin kuralları içeren 80'inci maddesi dayanağı ile) bir Direktif'e, diğeri ise (Avrupa Birliği Antlaşması'nın 31'inci ve 34'üncü maddeleri dayanağı ile) bir ÇK'ye ilişkin olarak, bir bütün oluşturan iki öneri sunmuştur. Her iki araç bakımından da müzakereler zorlu geçmiştir. Sonunda, 2005/667/JHA sayılı, "gemi kaynaklı kirlenmeye karşı hukukun uygulanması için ceza hukuku çerçevesinin güçlendirilmesi hakkındaki" ÇK⁷ 2005 yılının Temmuz ayında, 2005/35/EC sayılı, "gemi kaynaklı kirlenme ve ihlallere yönelik cezaların yürürlüğe konulması hakkındaki" Yönerge⁸ ise 2005 yılının Eylül ayında kabul edilmiştir. Ceza hukuku hükümlerinin birinci sütuna ilişkin bir araç olarak kabul edilmesinin mümkün bulunup bulunmayacağı noktasında ortaya çıkan, yukarıda anılan kurumsal mücadele nedeniyle, iki aracın kabulü gerekli görülmüştür. Başlangıçta Komisyon, ceza hukuku ile ilgili hükümlerin çoğunu Yönerge önerisine dahil etmiştir, ancak Konsey bunların büyük bölümünü ÇK'ye nakletmeye karar vermiştir. Bu önemli mevzuat aracının hızlı bir şekilde kabul edilmesi amacıyla Komisyon ve Parlamento, metnin kabulünü engellememe kararı almıştır. İzlenmesi gereken iki farklı yasakoyuculuk süreci, metnin kabulündeki gecikmeyi kısmen açıklayabilmektedir. Başka bir neden ise, Üye Devletlerin, deniz kirliliğinden düzenli bir şekilde zarar görenler ile, rekabetten kaynaklanan dezavantajlardan korkan ve denizcilik sanayiinde öncü pozisyonda bulunanlar olarak ayrılması olmuştur.

7 OJ L 255, 30.09.2005, s. 164.

8 OJ L 255, 30.09.2005, s. 11.

b) Suç Tipleri (Yönerge'nin 3 ve 4'üncü, ÇK'nin 2 ve 3'üncü maddeleri)

Yönerge ve ÇK, belirlenmiş deniz bölgelerinde en ciddi gayrimeşru boşaltımları, kasten, kayıtsızlıkla*** veya ağır taksirle işlendiklerinde, suyun kalitesine zarar vermeyen önemsiz vakıalara ilişkin olmamak kaydı ile suç tipleri olarak düzenlemektedir. Suça yardım ve teşvik de cezalandırılmaktadır. Bunun dışında araçlar, kayıtsızlık ve ağır taksiri kapsamlarına alarak, sorumluluk düzeyini uluslararası hukukun ötesine taşımışlardır.

c) Yaptırımlar (Yönerge'nin 8'inci, ÇK'nin 4'üncü maddesi)

Yönerge yalnızca “etkili, ölçülü ve caydırıcı” yaptırımları şart koşarken, ÇK, yaptırım düzeyini hapis cezaları ve tüzel kişilere yönelik para cezaları olarak yakınlaştırmıştır. Metinlerin esaslı unsurlarından biri, yaptırımların yalnızca geminin maliki ve donatanına değil, aynı zamanda yükletene, gemi klasman kuruluşuna veya konu ile ilgili diğer herhangi bir kişiye de uygulanabilmesinin gerekli olmasıdır.

Hapis cezası bakımından ÇK, 2002 yılının Nisan ayında gerçekleştirilen Adalet ve İçişleri Konseyi'nin üç basamaklı sistemini takip etmiş ve azami ceza hadleri bakımından asgari düzeyleri yakınlaştırma yoluna gitmiştir: Üye Devletler, cezanın azami haddi olarak, en azından ciddi durumlar açısından, asgari 1 ve 3 yıl arasında hapis cezası öngörecektir; neyin ciddi bir durum olarak değerlendirileceği, kendi hukuksal teamüllerine uygun olarak yorumlanmak üzere, her bir Üye Devletin takdirine bırakılmıştır. Suçun kasten işlenip özellikle ciddi sonuçlara, örneğin suyun kalitesine, hayvan veya bitki türlerine yönelik önemli ve yaygın bir zarara neden olduğu veya bir suç örgütünün faaliyetleri kapsamında işlendiği ya da suçun ağır taksir ile işlenmekle birlikte hem suyun kalitesine, hayvan veya bitki türlerine yönelik önemli ve yaygın bir zarara, hem de bir insanın ölümüne veya ciddi ölçüde yaralanmasına yol açtığı durumlarda azami hadde ilişkin bu düzey 2 ile 5 yıl

*** Kayıtsızlık, özellikle Anglo-Amerikan hukuk düzeni tarafından uygulanan ve olası kast ile bilinçli taksir arasında yer alan bir manevi unsur türünü (“recklessness”) karşılamak üzere kullanılmıştır (ç.n.).

arasında hapis cezasına yükselmektedir. Azami hadde ilişkin en yüksek asgari düzey olan 5 ile 10 yıl arasında hapis cezası, kasten işlenen suçun suyun kalitesine, hayvan veya bitki türlerine yönelik önemli ve yaygın bir zarara ve bir insanın ölümüne veya ciddi ölçüde yaralanmasına yol açtığı durumlar bakımından öngörülmüştür.

Cezaların yakınlaştırılmasına ilişkin düzeyler bu haliyle hayli iddia-lıdır, fakat gerçekte, hapis cezaları ancak kendi vatandaşlarına ait deniz araçları üzerinde işlenen suçlar bakımından uygulanabileceğinden, uygulama alanları sınırlıdır. BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 230'uncu maddesinde yer alan ve yabancı deniz araçlarına getirilebilecek yaptırımları para cezaları ile sınırlayan ilkeler, burada uygulama alanı bulmaktadır. Yabancı deniz araçlarına yönelik hapis cezalarına ancak Üye Devletin karasularında gerçekleşen "kasıtlı ve ciddi" kirletme eylemleri bakımından izin verilmiştir. Müzakereler sırasında getirilen, başka bir Üye Devletin bandırasını taşıyan gemilerin "yabancı" gemi sayılmaması yönündeki öneri, bütün Üye Devletler tarafından kabul edilebilir bulunmamıştır. Nihai bir uzlaşma olarak, metin, bu konunun ÇK'nin yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıl içinde yeniden gözden geçirilmesi olasılığını öngörmektedir.

d) Tüzel Kişiler (ÇK'nin 5 ve 6'ncı maddeleri)

Tüzel kişilerde yönetici konumunda bulunan kişiler tarafından tüzel kişi lehine bir suçun işlenmesi ve bu kişilerin gözetim ve denetim yükümlülüklerini ihmal etmeleri nedeniyle, kendi yetkileri altında bulunan kişiler tarafından tüzel kişi lehine bir suç işlenmesinin mümkün kılınması hallerinde, tüzel kişiler sorumlu tutulacaklardır. Tüzel kişinin sorumluluğunun, konu ile ilgili gerçek kişiler hakkında takibat yürütülmesine engel olmayacağı, açıkça öngörülmüştür.

Bir AB aracında ilk kez olmak üzere, Üye Devletler gerçek kişilere yönelik cezaların yakınlaştırılması üzerinde anlaşamazken, tüzel kişilere yönelik para cezalarının yakınlaştırılması öngörülmüştür. Ortaya çıkan sonuç, yine de bir ilerlemedir: Bugüne kadar para cezaları bir Üye Devletten diğerine büyük farklılıklar göstermiş olup, ÇK'nin uygulanması, günümüzde uygulanabilir durumda bulunan para cezalarının 10 katına kadar artırılması anlamına gelecektir. Bütün ulusal sistemlerin

tüzel kişilerin cezai sorumluluğunu tanımadığı kabul edildiğinden, para cezalarının adli veya idari nitelikte olabileceği konusunda Üye Devletlere takdir yetkisi tanınmıştır. Genel asgari düzeyler, azami hadleri 150.000 ile 300.000 Avro arasında saptanmakta, ciddi durumların çoğu ve en azından kasten işlenen suçlar bakımından azami hadler, asgari 750.000 ile 1.500.000 Avro arasında öngörülmüş ve Üye Devletlerin, ilgili tüzel kişinin devri halinde belirli bir yüzdeye müracaat edebilecekleri düzenlenmiştir. Tüzel kişiler bakımından diğer seçimlik yaptırımlar da sayılmış olup, bu yaptırımlar arasında, suçtan kaynaklanan sonuçların ortadan kaldırılmasına yönelik önlemlerin getirilmesi yükümlülüğünün getirilmesi ve tüzel kişinin ticari faaliyetlere katılmaktan mahrum kılması yer almaktadır.

e) Yargı Yetkisi (ÇK Madde 7)

ÇK, Üye Devletleri, suçun değişik bağlama noktaları ile işlenmiş olduğu hallerde (örnek olarak, suçun tamamen veya kısmen kendi ülkesinde işlenmesi; kendi bandırasını taşıyan bir gemide işlenmesi; kendi vatandaşlarından biri tarafından işlenmesi vb., bkz. Madde 7). Vatandaş tarafından işlenen suçlar bakımından, suçun işlendiği yerde cezalandırılabilir nitelikte bulunması veya suçun işlendiği yerin hiçbir devletin yargı yetkisinde bulunmaması hallerinde ve suçun, kendi ülkesinde kayıtlı bulunan bir tüzel kişi yararına işlendiği durumlarda, Üye Devletler yargı yetkisi tesis edebilirler, ancak bunu yapmakla yükümlü değildirler.

f) Öngörüler

Üye Devletlerin, iç hukuklarını Yönerge ile uyumlu hale getirmek için 1 Mart 2007 tarihine kadar, ÇK ile uyumlu hale getirmek için ise Ocak 2007'ye kadar süreleri bulunmaktadır. Bu sırada, Adalet Divanı'nın 2005 yılının Eylül ayında verdiği Kararı izleyen dönemde, Komisyon, gemi kaynaklı kirlenme hakkındaki ÇK'nin iptali için bir dava açmış bulunmaktadır. Komisyon'un görüşü, söz konusu Kararın gerekçesi doğrultusunda, ÇK'nin içeriğinin bir Yönerge kapsamına alınmasının daha doğru olacağı yönündedir. Her bir tarafın bu yeni davaya atfettikleri önem, 19 Üye Devletin davaya Konsey'in tarafında katılması, AP'nin ise Komisyon'u desteklemesi gerçeği ile vurgulanmaktadır. Hükmün

2008 yılının başlarında açıklanması beklenmektedir****. Buna ek olarak Yönerge, Britanya Yüksek Mahkemesi önünde uluslararası deniz hukukuna aykırılık iddiası ile bir ön karar isteminin merkezinde yer almaktadır.

Sonuç

Çevre ceza hukuku alanının bütünü, Avrupa Adalet Divanı'nın 2005 yılının Eylül ayında verdiği dönüm noktası niteliğindeki Karar nedeniyle hareket halindedir. Komisyon, Konsey, Parlamento ve Üye Devletler arasındaki kurumsal mücadelelerin, bu hassas alanda etkin ve gerekli nitelikteki AB mevzuatının kabulünü yakın gelecekte engellememesi temenni edilmektedir.

**** Çerçeve Karar, yazarın beklentileri doğrultusunda, Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından Ekim 2008'de iptal edilmiş, bunun üzerine söz konusu düzenlemeler, konu ile ilgili Yönerge'nin kapsamına alınmıştır. 21 Ekim 2009 tarihli ve 2009/123/EC sayılı, gemi kaynaklı kirlenme ve ihlallere yönelik cezalar hakkındaki Yönerge, 27 Ekim 2009 tarihinde (OJ L 280, s. 52) yürürlüğe girmiştir. Yönerge'de yer alan düzenlemelerin iç hukuka uyarlanması bakımından Üye Devletlere 16 Kasım 2010 tarihine kadar süre tanınmıştır (ç.n.).

Türk Ceza Kanunu'nda Düzenlenen Bilişim Suçları

Av. Aslı Bayındır*

I- GİRİŞ

Bilgi çağı olarak adlandırılan günümüzde en büyük değişim ve gelişim tartışmasız teknolojik alanda yaşanmaktadır. Bu gelişmelerin en önemli ayağı olan bilgisayar ve veri iletişim sistemleri hayatın her alanına doğrudan etki etmektedir. Yaşanan bu süratli gelişim ve değişim ışığında doğaldır ki bu alanda da çeşitli suç tiplerinin hukukumuzda ve terminolojimize girmesi gecikmemiştir. Gerek bilinen, klasik suç tiplerinin bilgisayar ve bilişim sistemleri aracılığıyla işlenmesi gerekse bazı eylemlerin doğrudan doğruya söz konusu işlemler içerisinde işlenmesi sonucu ceza hukukunda yeni suç tiplerinin ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Mülga 765 sayılı ETCK'da yer alan düzenlemeler söz konusu alanda ihtiyaca yeteri kadar karşılamadığından ve gelişen teknoloji ile birlikte suç olarak düzenlenmesi gereken yeni eylemlerin ortaya çıkması sonucunda 5237 sayılı TCK'da kanun koyucu tarafından bu konuda yeni düzenlemeler yapılması yoluna gidilmiştir.

TCK'nın Toplumla Karşı Suçlar başlıklı Üçüncü Kısımının 10. Bölümünde Bilişim Alanında Suçlar başlığı altında bilişim sistemine girme¹, sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme², banka

* Avukat, İstanbul Barosu.

1 5237 S. TCK. Bilişim Sistemine Girme başlıklı 243. md. metni:

“(1) Bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına, hukuka aykırı olarak giren ve orada kalmaya devam eden kimseye bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.

(2) Yukarıdaki fıkra tanımlanan fiillerin bedeli karşılığı yararlanılabilen sistemler hakkında işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranına kadar indirilir.

(3) Bu fiil nedeniyle sistemin içerdiği veriler yok olur veya değişirse, altı aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

2 5237 S. TCK Sistemi Engelleme, Bozma, Verileri Yok Etme veya Değiştirme başlıklı 244. md. metni:

“(1) Bir bilişim sisteminin işleyişini engelleyen veya bozan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

veya kredi kartlarını kötüye kullanma³ madde başlıkları altında bilişim suçları düzenlenmiştir. Çalışmamızda “Bilişim Alanında Suçlar” başlığı altında 243, 244 ve 245. maddelerde düzenlenen suçlar inceleme konusu yapılacaktır.

II- GENEL OLARAK BİLİŞİM SUÇLARI

Bilgi denilen gücün tüm dünyada keşfedilmesi sonrası bilginin paylaşımı, geliştirilmesi ve hayatın her alanına etki etmesi açısından bir devrim niteliği taşıyan bilgisayarın kullanımının yaygınlaşmasıyla bu alanda da çeşitli suç tipleri ortaya çıkmaya başlamıştır.

Çok karıştırılan iki kavram olan bilgisayar ve bilişim aslında aynı şeyleri ifade etmemekle birlikte birbirlerini kapsar niteliktedir⁴. Buradaki kavram kargaşasının en önemli nedeni bilgisayarın en yaygın ve bilinen bilişim sistemi olmasından kaynaklanmaktadır. Bilişim, bilgisa-

(2) Bir bilişim sistemindeki verileri bozan, yok eden, değiştiren veya erişilmez kılan, sisteme veri yerleştiren, var olan verileri başka bir yere gönderen kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Bu fiillerin bir banka veya kredi kurumuna ya da bir kamu kurum veya kuruluşuna ait bilişim sistemi üzerinde işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(4) Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan fiillerin işlenmesi suretiyle kişinin kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlamasının başka bir suç oluşturmaması halinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.”

3 5237 S. TCK. Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması başlıklı 245. md. metni:

“(1) Başkasına ait bir banka veya kredi kartını, her ne suretle olursa olsun ele geçiren veya elinde bulunduran kimse, kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın bunu kullanarak veya kullandırarak kendisine veya başkasına yarar sağlarsa, üç yıldan altı yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) Başkalanna ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek sahte banka veya kredi kartı üreten, satan, devreden, satın alan veya kabul eden kişi üç yıldan yedi yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(3) Sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan bir banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlayan kişi, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadiği takdirde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(4) Birinci fıkrada yer alan suçun;

a) Haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin,

b) Üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlâtlığın,

c) Aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin,

Zararına olarak işlenmesi hâlinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmaz.”

4 YAZICIOĞLU, Yılmaz; Bilgisayar Suçları, İstanbul 1997, s. 130 vd.

yara göre daha geniş bir anlama sahip olmakla birlikte verilerin saklanması, işlenmesi gibi faaliyetlere yarayan bilgisayardan daha fazlasını yapan, o verilerin istenilen yerlere aktarılması olarak ifade etmek yerinde olacaktır.

Bilgisayar suçu ve bilişim suçu kavramları da aynı şekilde karıştırılmaktadır. Burada bilişim sistemleri üzerinde gerçekleştirilen suç tiplerinde çoğunlukla bilgisayarın kullanılıyor olması bilişim suçlarının bilgisayar suçu olarak ifade edilmesine yol açmaktadır ancak bilişim suçları çok daha geniş bir alanı kapsamaktadır.

Bilişim suçlarının en önemli özelliği bilgi ve enformasyonun gerek teknolojik gerek sosyo ekonomik değişimler neticesinde tüm dünyaya yayılmış olmasıdır. Bundan dolayı bilişim suçlarında mücadelenin sadece ulusal anlamda yapılan düzenlemelerle mümkün olmadığı herkesçe kabul edilmesi sonucu Macaristan'ın başkenti Budapeşte'de 2001 yılında bu konudaki en önemli uluslar arası adım atılmıştır. Ülkemizin de taraf olduğu Avrupa Konseyi söz konusu yerde Siber Suç Sözleşmesi'ni hazırlayarak taraf ülkelerin onayına sunmuştur. 48 maddeden oluşan söz konusu sözleşme Türkiye tarafından da imzalanarak 2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁵.

Söz konusu sözleşmede bilişim sisteminin bir parçası olan bilgisayar sistemlerinin ceza hukukuna etkisi ve ortaya çıkarttığı problemlerin gerek maddi ceza hukuku gerekse ceza yargılaması hukuku açısından ele alındığı ve bu alanda ortaya çıkan sorunlara çeşitli çözümler getirmeye çalışıldığı görülmektedir. Sözleşmenin üçüncü kısmında da uluslar arası bir sorun olduğu vurgulanan bilişim suçları ile mücadelede taraf devletlerin birbirleri arasındaki adli yardımlaşmaları ve suçluların iadesi konuları düzenlenmiştir.

Sözleşmede üç ana amaç belirtilmektedir. Bu amaçlar siber suç olarak ifade edilen bilişim suçları ile ilgili olarak ülkelerin düzenlemelerini uyumlu hale getirmek, ülkeler açısından siber suçların ve bilgisayar sistemi kullanılarak işlenen ya da elektronik delilleri olan suçların soruşturulması ve kovuşturulması için gerekli olan ceza muhakemesi yetkilerini

5 Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., İÜHFM Cilt LIX, Sayı 1-2, 2001, İnternet Özel Bölümü, s. 3-227

belirlemek ve son olarak da bu suçlarla etkin şekilde mücadele etmek açısından ülkeler arasında işbirliği ağı oluşturulmasını sağlamaktır.

Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi incelendiğinde bilişim suçlarına ilişkin olarak dikkate alınması gereken bazı ana ilkeler bulunduğu görülmektedir. Bu ilkelerden ilki bilişim suçları ile ilgili düzenleme yapılırken bu düzenlemelerin düşünce ve iletişim özgürlüğü gibi temel hak ve özgürlükleri kısıtlamayacak şekilde yapılması gerektiğine ilişkindir. Bilişim suçlarıyla ilgili iç hukuklarında düzenleme yaparken ülkelerin dikkat edecekleri bir diğer ilke bu düzenlemeleri yaparken Sözleşmede belirtilmiş olan ortak ve asgari standartlara uyulması gerektiğidir. Bunun yanında sözleşmede öngörülen suçların hepsi için özel hukuka aykırılık arandığının yanı sıra, zorunluluk hali, gibi genel hukuka uygunluk nedenleri ya da bazı hak ve yetkilerin kullanıldığı durumlarda bilişim suçlarına ilişkin ceza sorumluluğunun ortadan kalkacağı unutulmaması gerekir. Son olarak da Sözleşmede öngörülen tüm suçlar için suç oluşturan eylemlerin kasten işlenmesi aranmıştır, ülkeler iç hukukta düzenleme yaparken bunu da göz önünde bulundurmalıdır⁶.

III- 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA DÜZENLENEN BİLİŞİM SUÇLARI

TCK'nın Toplum Karşı Suçlar başlıklı Üçüncü Kısımının 10. Bölümünde Bilişim Alanında Suçlar başlığı altında bilişim sistemine girme⁷, sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme⁸, banka

6 Avrupa Siber Suç Sözleşmesi'nin bilişim suçlarına ilişkin getirdiği ana ilkelere ilişkin detaylı bilgi için bkz. İÇEL, Kayıhan; "Avrupa Konseyi Siber Suç Bağlamında Avrupa Siber Suç Politikasının Ana İlkeleri" başlıklı makale, İÜHFİM, Cilt LIX, S. 1-2, İstanbul 2001, s. 3 vd.

7 5237 S. TCK. Bilişim Sistemine Girme başlıklı 243. md. metni:
 "(1) Bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına, hukuka aykırı olarak giren ve orada kalmaya devam eden kimseye bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.
 (2) Yukarıdaki fıkrada tanımlanan fiillerin bedeli karşılığı yararlanılabilen sistemler hakkında işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranına kadar indirilir.
 (3) Bu fiil nedeniyle sistemin içerdiği veriler yok olur veya değişirse, altı aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolünür."

8 5237 S. TCK Sistemi Engelleme, Bozma, Verileri Yok Etme veya Değiştirme başlıklı 244. md. metni:
 "(1) Bir bilişim sisteminin işleyişini engelleyen veya bozan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
 (2) Bir bilişim sistemindeki verileri bozan, yok eden, değiştiren veya erişilmez kılan, sisteme veri yerleştiren, var olan verileri başka bir yere gönderen kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

veya kredi kartlarını kötüye kullanma⁹ madde başlıkları altında bilişim suçları düzenlenmiştir.

Doktrinde bilişim suçlarının ilk defa ortaya çıktığı Amerika'da kullanılan kavramlardan yola çıkarak bu suçlar için “bilgisayar suçları”, “bilgisayar bağlantılı suç”, “bilgisayara karşı suçlar”, “bilişim suçları”¹⁰ gibi kavramların ve gelişen teknolojiyle birlikte “internet suçları”, ileri teknoloji suçları” gibi kavramların da kullanıldığı görülmekte ise de yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi bilişim sistemi kavramı bilgisayar kavramına göre daha geniş bir kapsama sahip olduğundan ve tüm bu suç tiplerini daha iyi şekilde ifade edebilecek nitelikte olduğundan TCK’ da bilişim alanında suçlar başlığı altında bu suçların düzenlenmesi yerinde olmuştur¹¹.

(3) Bu fiillerin bir banka veya kredi kurumuna ya da bir kamu kurum veya kuruluşuna ait bilişim sistemi üzerinde işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(4) Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan fiillerin işlenmesi suretiyle kişinin kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlamasının başka bir suç oluşturmaması halinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.”

9 5237 S. TCK. Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması başlıklı 245. md. metni:

“(1) Başkasına ait bir banka veya kredi kartını, her ne suretle olursa olsun ele geçiren veya elinde bulunduran kimse, kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın bunu kullanarak veya kullandırarak kendisine veya başkasına yarar sağlarsa, üç yıldan altı yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) Başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek sahte banka veya kredi kartı üreten, satan, devreden, satın alan veya kabul eden kişi üç yıldan yedi yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(3) Sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan bir banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlayan kişi, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(4) Birinci fıkrada yer alan suçun;

a) Haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin,

b) Üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlâtlığın,

c) Aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin,

Zararına olarak işlenmesi hâlinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmaz.”

10 İÇEL “bilişim suçları” kavramını kullanmakta ve bu kavramı “bilgisayar veri ve sistemlerinin gizliliğine, bütünlüğüne ve kullanıma açık bulunmasına yönelik eylemler” olarak tanımlamaktadır. Bkz. İÇEL; a.g.m., s. 3

11 ARTUK, Mehmet Emin; GÖKCEN, Ahmet; YENİDÜNYA, Ahmet Caner; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş, Yenilenmiş 9. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2008, s. 680–681

A- Bilişim Sistemine Hukuka Aykırı Erişim ve Orada Kalma Suçu

5237 sayılı TCK'da düzenlenmiş olan ilk bilişim suçu 243. Maddede yer alan bilişim sistemine girme ve orada kalmaya devam etme suçudur. Doktrinde bu suç tipinin Avrupa Siber Suç Sözleşmesi'nin bilişim sistemine kasten ve haksız erişimin devletler tarafından suç olarak düzenlenmesini öngören 2. Maddesine uygun olarak getirilmiş bir düzenleme olduğu görüşünün yanında kanun koyucunun yapmış olduğu bu düzenleme ile sözleşmenin 2. Maddesine paralellik sağlayamadığı görüşü de mevcuttur¹².

1- Korunan Hukuksal Değer

Kanun koyucu bu suç tipi ile birden fazla değeri korumak istemiştir. Doktrinde kanun koyucunun bu suç tipini Kişilere Karşı Suçlar başlığı altında değil Toplum Karşı Suçlar başlığı altında düzenlemesi nedeniyle bu suç tipinin öncelikli olarak kişi haklarını ihlal eden yönünün değil bilişim sistemlerinin sağlıklı işleyişini ve güvenilirliğini zedeleyerek toplum düzenini ihlal eden niteliğinin ağır bastığı savunulmaktadır¹³. Ancak kanaatimizce 5237 sayılı kanunla ilgili olarak suçların düzenlenmiş oldukları yerlerin uygun olmadığı, kanunun sistematik ve tasnif açısından birçok sıkıntı içerdiği eleştirileri de dikkate alındığında bu suç tipi ile korunan hukuksal değeri maddenin düzenlendiği yere göre değerlendirilmeye doğru olmayacaktır.

Bu suç tipi ile öncelikle Siber Suç Sözleşmesi doğrultusunda bilişim sisteminin güvenliği korunmak istenmiştir. Bilişim sisteminin güvenliği sistemin ve sistemdeki verilerin gizliliğini, sistemin bütünlüğünü ve sistemin kullanıma açık olmasını ifade etmektedir¹⁴. Bilişim sistemine hu-

12 TEPE, İlker; Modern Ceza Hukuku Anlayışında İnternet Suçluluğu ve Türk Ceza Hukukundaki Yansımaları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006, s. 277

13 Doktrinde kanun koyucunun bu suç tipini düzenlerken bilişim sisteminin güvenliğini koruma amacı taşıdığı söylenemeyeceği, çünkü bu suçun oluşması için yalnızca sisteme hukuka aykırı olarak erişimin yeterli olmayıp aynı zamanda sistemde bir süre kalınmasının arandığı ve sistemin korunması amaçlansa idi sisteme hukuka aykırı erişimin tek başına cezalandırılması gerektiği görüşü de mevcuttur. Bu yöndeki görüşler için bkz. Artuk-Gökçen-Yenidünya, a.g.e., s. 682, 14 nolu dn.

14 AKINCI, Füsun Sokullu; "Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinde Yer Alan Maddi Ceza Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle İnternette Çocuk Pornografisi" başlıklı makale, İÜHFİM, Cilt LIX, S. 1-2, İstanbul 2001, s. 14

kuka aykırı erişim suçu bilişim suçları başlığı altındaki diğer suçlara ve bilişim araçları vasıtasıyla işlenebilecek olan dolandırıcılık, hırsızlık gibi suçlara zemin hazırlamakta ve bir araç olarak kullanılmaktadır. Bu nedenle de bu suç tipi ile hem kişilerin malvarlığı değerleri korunmuş olmakta hem de bu suç tipinin araç olarak kullanıldığı diğer suç tiplerinin önlenmesi sağlanmaktadır¹⁵.

Bunun yanında bu suç tipi ile malvarlığı, kişilerin özel hayatlarının gizliliği, kişisel verilerin güvenliği, haberleşme özgürlüğü gibi kişi haklarına yönelik değerlerin de korunmak istendiği de açıktır¹⁶.

2- Fail ve Mağdur

TCK'nın bilişim sistemine hukuka aykırı erişim ve orada kalma suçunu düzenleyen 243. maddesinde fail olabilmek için özel bir husus belirtilmediğinden bu suçun faili herkes olabilmektedir. Bilişim suçları ilk defa ortaya çıktığında bu suçların yalnızca gelişmiş teknoloji bilgisine sahip ve genellikle de bilişim işini meslek olarak yapan kişiler tarafından işlenebileceği kabul edilmekte idiyse de günümüzde bilişim sistemlerinin gelişmesi ve yaygınlaşması sonucunda herkesin bu sistemlere kolaylıkla erişebilmesi ve bu sistemleri kullanabilmesi faillerin de çeşitliliğini arttırmıştır¹⁷.

Sahip olduğu teknolojik donanımı ve bilgiyi bir bilişim sistemine kişilerin verilerine ulaşmak, sahtecilik ve dolandırıcılık gibi suçları işlemek ve kimi zaman da yalnızca heyecan ve eğlence için hukuka aykırı bir şekilde giren kişiler için kullanılan "hacker" ve "hacker"lerden daha üstün bilgi düzeyine sahip olan ve bu bilgilerini bilişim sistemleri üzerinde yıkıcı faaliyette bulunmak üzere kullanan kişiler için kullanılan "cracker" kavramları günümüzde siber casusluğu da içine alacak şekilde tüm bilişim suçu faileri için kullanılmaktadır¹⁸.

TCK'nın 243. maddesi açısından hangi amaçla ve ne şekilde olursa olsun bir bilişim sistemine yetkisiz şekilde hukuka aykırı olarak giren ve

15 Artuk-Gökçen-Yenidünya, a.g.e., s. 683

16 TEPE, İlker; "İnternet(Bilişim) Ceza Hukuku Örneğinde Türk Ceza Hukuku'ndaki Yeni Gelişmeler" başlıklı makale, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Cilt 1, İstanbul 2010, s. 278

17 Artuk-Gökçen-Yenidünya, a.g.e., s. 689

18 Artuk-Gökçen-Yenidünya, a.g.e., s. 689-690

orada kalan kimse suçun faili olarak kabul edilecek ve maddede öngörülen ceza ile cezalandırılacaktır.

Bu suç açısından mağdur da bir özellik göstermemekte ve hukuka aykırı olarak sistemine girilen ve orada kalınmaya devam edilen kişi bu suçun mağduru kabul edilmektedir. Eğer bir bilişim sistemine girilmesi sonucunda birden fazla kişinin hakları ihlal ediliyor, kişisel verilerine ulaşıyor ise bu kişilerin hepsinin mağdur olarak kabul edileceği kuşkusuzdur.

3- Maddi Unsur

TCK'nın 243. maddesi tek başına bilişim sistemine hukuka aykırı şekilde girmeyi cezalandırmamakta, sisteme girmenin yanında orada kalmaya devam etmeyi aramaktadır.

Kanun koyucu suçun konusu olan bilişim sistemini madde gerekçesinde verileri toplayıp yerleştirdikten sonra bunları otomatik işleme tabi tutma olanağını veren manyetik sistem olarak tanımlamıştır. Bu tanım yalnızca manyetik sistemlerin bilişim sistemi sayıldığı ve internetin manyetik olmayışı nedeniyle bilişim sistemi kabul edilememesi sonucu doğuracağı söylenerek eleştirilmektedir¹⁹.

Sisteme girmek bir başka deyişle erişmek kavramı bilişim sisteminin tamamına ya da bir parçasına ulaşmak, içeriğine dâhil olmak anlamını taşımaktadır²⁰. Doktrinde kanun koyucunun madde metninde kullandığı “girmek” kavramı yerine “erişmek”²¹ kavramının kullanılması gerektiği, böylelikle hem Siber Suç Sözleşmesi ile terim birliği sağlanacağı hem de erişim kavramının bilişim sistemine girişi ifade etmede daha doğru bir kavram olduğu belirtilmektedir²².

Sisteme girmek kavramı belirli ve tanımlanabilir bir kavram olmasına rağmen aynı şeyi orada kalmaya devam etmek kavramı için söylemek

19 Tepe, a.g.e., s. 280

20 Artuk-Gökçen-Yenidünya, a.g.e., s. 683

21 Siber Suç Sözleşmesi'nin 2. maddesinde kullanılan “hukuka aykırı erişim” kavramı bilişim sistem ve verilerinin güvenliğine yani gizliliğine, bütünlüğüne ve kullanıma açıklığına yönelik tehlike ve saldırıları kapsayacak şekilde kullanılmaktadır. Bkz. AKINCI, a.g.m., s. 14

22 Tepe, a.g.e., s. 277

mümkün değildir. Kanun koyucu burada belirli bir süre öngörmemiş olduğundan doktrinde suçun ne şekilde tamamlanmış sayılacağı konusunda farklı görüşler mevcuttur. Doktrinde bu suçun tamamlanmış sayılması için failin bilişim sistemine girdikten sonra sistemdeki birtakım verileri ele geçirmesinin aranması gerektiği yönünde görüşler mevcut olsa da genel kabul edilen görüşe göre bir bilişim sistemine erişen fail bu sistemden çıkması için gereken makul süre dışında sistemde kalırsa bu sürenin kısa ya da uzun olması fark etmeksizin suç tamamlanmış olacaktır²³. Kanun koyucunun sisteme girişin yanında sistemde kalmaya devam etmeyi aramasının sisteme yanlışlıkla ya da araştırma yapma gibi amaçlarla giren kişilerin bu durumun hukuka aykırı olduğunu fark edip hemen çıkmaları durumunda cezalandırılmamaları gibi olumlu sonuçları olacağını savunan yazarlar²⁴ yanında kalmaya devam etme kavramının belirsiz oluşu ve kişinin sistemde kalıp kalmadığının ya da ne kadar süre kaldığının tespitinin zor oluşu nedeniyle bu düzenlemenin yerinde olmadığı kanaatinde olanlar²⁵ da mevcuttur. Kanımızca gerek bu suç tipinin düzenlenme amacını tam olarak gerçekleştirmek gerekse kanunilik ilkesi açısından yaşanabilecek sorunları önlemek için bu suç tipi düzenlenirken Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi'nin ilgili maddesine de uygun olarak bilişim sistemine hukuka aykırı erişimin suçun tamamlanması için yeterli sayılması daha yerinde olacaktır²⁶. 5237 S. TCK hazırlanırken tasarı aşamasında 243. madde metni “bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına, hukuka aykırı olarak girmek veya orada kalmaya devam etmek” şeklinde iken ve TCK'nın madde gerekçesinde²⁷

²³ Bu konudaki görüşler için bkz. Artuk-Gökçen-Yenidünya, a.g.e., s. 684

²⁴ Kurt, a.g.e., s. 148

²⁵ Tepe, a.g.e., s. 285

²⁶ Avrupa Siber Suç Sözleşmesi'nin Başlık 1- Bilgisayar veri ve sistemlerinin gizliliğine, bütünlüğüne ve kullanıma açık bulunmasına yönelik suçlar altında düzenlenen Yasadışı erişim başlıklı 2. md. metni: “Taraflardan her biri, bir bilgisayar sisteminin tamamına veya bir kısmına haksız bir şekilde erişim fiilinin, kasıtlı olarak yapıldığında kendi ulusal mevzuatı kapsamında cezaî bir suç olarak tanımlanması için gerekli olabilecek yasama işlemlerini ve diğer işlemleri yapacaktır. Taraflar söz konusu suçu, bilgisayar verilerinin elde edilmesi amacıyla veya sahtekârlığa yönelik başka bir amaçla güvenlik sisteminin ihlal edilmesi şeklinde veya başka bir bilgisayar sistemine bağlı bir bilgisayar sistemini esas alarak tanımlayabilirler.” Avrupa Siber Suç Sözleşmesi tam metni için bkz. <http://www.bilisimsuclari.com/2007/07/03/avrupa-siber-suc-sozlesmesi>, e.t. 20.04.2010, e.s. 23.00

²⁷ 5237 S. TCK 243. md. gerekçesi için bkz. <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr>, e.t. 21.04.2010, e.s. 22.00

de “veya” kelimesi kullanılmasına ve bu madde ile bilişim sistemine girmenin cezalandırıldığı belirtilmiş olmasına rağmen tasarı yasalaşırken madde metni değişikliğe uğramış “veya” kelimesi “ve” ile değiştirilerek bu sorunun ortaya çıkmasına yol açılmıştır.

Bilişim sistemine hukuka aykırı erişim suçu açısından suçun işlendiği yerin tespiti konusunda da sorun yaşanabilmektedir. Bilişim sistemine fiziksel temasla girildiyse eylemin yapıldığı yerde suç işlenmiş olacaktır ancak bilişim sistemine ağ üzerinden giriş yapılması halinde suçun failin bilişim sistemine girmek üzere kullandığı aracın bulunduğu yerde mi yoksa fail tarafından girilmek istenen sistemin bulunduğu yerde mi işlenmiş sayılacağı konusu tartışmalıdır. Doktrinde hareket ile netice arasında yer farklılığı bulunması nedeniyle bu suç mesafe suçu olarak nitelendirilmekte ve suçun hem hareketin yapıldığı yerde hem de neticenin gerçekleştiği yerde işlenmiş sayılacağı kabul edilmektedir²⁸.

Bilişim sistemine hukuka uygun bir şekilde girildikten sonra sistemde kalınmasının hukuka aykırı olması halinde 243. madde metninde suç tanımlanırken bilişim sistemine hukuka aykırı bir şekilde girildikten sonra burada kalınması suç olarak belirlendiğinden bu durumda maddede belirtilen suçun gerçekleşmeyeceği kabul edilmektedir²⁹.

Bilişim sistemine hukuka aykırı giriş solucan (worms), truva atı (trojan horse) gibi bilgisayar virüsleri kullanılarak, kurum ve kuruluşların kullandıkları bilişim sistemlerine güvenlik duvarlarının aşılması suretiyle girilerek, kişilerin şifre ve diğer bilgileri ele geçirilerek, web sayfası hırsızlığı yoluyla ya da kullanımı sadece üyeleriyle sınırlandırılmış bir internet sitesine hukuka aykırı olarak girmek şeklinde internete yönelik olarak³⁰ gerçekleşebilmektedir. Truva atı yararlı bir programın sistem dosyaları arasına gizlenen ve kullanıcının haberi olmaksızın bilişim sistemine yerleşerek kendisini sisteme yerleştiren kişinin istekleri doğrultusunda yerleştirildikleri bilişim sisteminin güvenlik duvarlarını kıran bir tür virüstür. Sistemine bu virüsün yerleştirildiği kişi sistemine başka birinin girdiğini hiçbir şekilde fark etmemektedir³¹.

28 Artuk-Gökçen-Yenidünya, a.g.e., s. 685

29 Artuk-Gökçen-Yenidünya, a.g.e., s. 686

30 Tepe, a.g.e., s. 281-282

31 Artuk-Gökçen-Yenidünya, a.g.e., s. 688

4- Manevi Unsur

Bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme suçu ancak bilerek ve isteyerek yani kasten işlenebilen suçtur. Madde gerekçesinde de “Sisteme, hukuka aykırı olarak giren kişinin belirli verileri elde etmek amacıyla hareket etmiş bulunmasının önemi yoktur. Sisteme, doğal olarak, haksız ve kasten girilmiş olması suçun oluşması için yeterlidir.” Denilmek suretiyle bu suçun ancak kasten işlenebileceği ve suçun işlenmesinde saikin önem arz etmediği açıkça belirtilmiştir. Söz konusu kanun koyucu tarafından yalnızca kasten işlenebilen bir suç olarak düzenlenmesi Siber Suç Sözleşmesinin ana ilkelerine uygunluk açısından yerinde olmuştur.

5- Hukuka Aykırılık Unsuru

Gerçekleştirilen bir eylemin suç olarak cezalandırılabilmesi için kanunilik unsurunun yanında bu eylemin hukuka aykırı olması aranmaktadır. TCK 243. Maddede düzenlenen bilişim sistemine girme ve orada kalmaya devam etme suçu için de bu eylemlerin hukuka aykırı bir şekilde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Tüm suçların temel unsuru olarak aranan hukuka aykırılık unsuru bilişim sistemine girme ve orada kalmaya devam etme suçunu düzenleyen madde metninde ayrıca belirtilmiştir. Bu durum doktrinde hukuka özel aykırılık olarak nitelendirilmekte ve failin cezalandırılabilmesi için hukuka aykırılığı bilmesinin şart olduğu belirtilmektedir³².

Bilişim sistemine girme ve orada kalmaya devam etme suçu bilişim sistemine mağdurun rızası olmaksızın girilmesi ya da sisteme mağdurun rızasıyla girildiği halde daha sonra onun rızası hilafına sistemde kalmaya devam edilmek suretiyle gerçekleşebilmektedir³³. Burada bir hukuka uygunluk sebebi olarak karşımıza rıza kavramı çıkmaktadır. Mağdurun rızası özgürce verilmiş, hata, hile veya tehditle gölgelenmemiş olmalıdır. Rıza gösterecek olan kişinin bilişim sistemi üzerinde hak sahibi olan bir kişi olması gerekmektedir. Rıza gösterecek kişinin bu

³² KURT, Levent; Açıklamalı-İçtihatlı Tüm Yönleriyle Bilişim Suçları ve Türk Ceza Kanunu'ndaki Uygulaması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s. 158

³³ KURT, a.g.e. , s. 156

yetkisi mülkiyet hakkına dayanabileceği gibi zilyetlik hakkına da dayanabilir. Mağdurun bilişim sistemindeki bir programın güncellenmesi için bir firma çalışanına izin vermesi, firma çalışanının programı güncelledikten sonra gerekmediği halde sistemde kalmaya devam etmesi halinde bu durumda rızanın varlığından söz edilemeyecek ve kişi 243. Maddede düzenlenmiş olan suç kapsamında cezalandırılacaktır³⁴. Rıza konusu ile ilgili olarak doktrinde sisteme hukuka uygun bir şekilde girildikten sonra rızanın ortadan kalkması halinde faile bu suçtan dolayı ceza verilemeyeceği çünkü kanun koyucunun bu suç tipi için sisteme girişin hukuka aykırı şekilde gerçekleşmesi şartını aradığını belirten yazarlar vardır³⁵.

Burada dikkat edilmesi gereken husus kamuya karşı işlenen suçlarda rıza geçerli olamayacağından failin kamuya ait bir bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girmesi halinde burada artık rıza hukuka uygunluk sebebinden söz edilemeyeceğidir.

Bilişim sistemine hukuka aykırı erişim suçu açısından rızanın varlığı bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiği gibi TCK'nın 25. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilmiş olan koşulların varlığı halinde zorunluluk hali de bir hukuka uygunluk sebebi olarak karşımıza çıkacak ve faile bu fiilden dolayı ceza verilmeyecektir.

6- Suçun Özel Görünüş Biçimleri

a- Teşebbüs

Bilişim sistemine hukuka aykırı erişim suçu birleşmiş hareketli bir suç olup birleşmiş hareketli suçlarda teşebbüsün varlığından bahsedebilmek için öncelikle ilk hareketin yapılması, daha sonra ikinci harekete yönelik icrai hareketlere başlanması gerekmektedir³⁶. Bu nedenle bilişim sistemine hukuka aykırı bir şekilde girdikten sonra sistemde kalmaya devam edemeyen fail teşebbüsten sorumlu tutulacaktır. Bilişim sistemine hukuka aykırı olarak giren fail sistemin güvenlik kalkını tarafından dışarı atılması, elektriklerin kesilmesi gibi nedenlerle sistemde

³⁴ KURT, a.g.e. , s. 157

³⁵ KETİZMEN, Muammer; Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları, Ankara 2008, s. 107

³⁶ Artuk-Gökçen-Yenidünya, a.g.e. , s. 703

kalamadan çıkarsa bu durumda teşebbüsten söz edilecektir. Doktrinde bilişim sistemlerinin yapısı gereği uygulama açısından teşebbüsün tespiti yapılmasının zor olacağı belirtilmektedir³⁷.

b- İştirak

TCK'nın 243. maddesinde düzenlenmiş olan bilişim sistemine hukuka aykırı girme suçu iştirak açısından bir özellik arz etmemektedir. TCK'nın iştiraki düzenleyen 38. ve 39. maddeleri uyarınca bu suçun işlenmesine katılan kişiler eylemlerinin niteliğine göre cezalandırılacaktır.

c- İçtima

TCK'nın 243. maddesinde düzenlenmiş olan suç fail tarafından aynı suç işleme kararı ile farklı zamanlarda aynı kişiye karşı gerçekleştirilmişse bu durumda TCK'nın 43/1 maddesi uyarınca zincirleme suç hükümleri uygulanacak ve faile tüm eylemleri için dörtte birden dörtte üçe kadar arttırılmış olarak tek bir ceza verilecektir. Aynı suç işleme kararı ile değişik zamanlarda farklı kişilere karşı bu suç işlenirse o takdirde mağdur sayısınca suç oluştuğu kabul edilecek ve fail her birinden ayrı ayrı cezalandırılacaktır.

Bilişim sistemine hukuka aykırı girme ve orada kalmaya devam etme suçu eğer bir başka suçun işlenmesi amacıyla bir araç olarak işlenmişse bu durumda doktrinde bu suçun amaç suç bakımından bir geçit suç özelliği taşıyacağı ve failin yalnızca amaç suç nedeniyle cezalandırılacağı belirtilmektedir³⁸.

7- Suça Etki Eden Nedenler

a- Daha Az Cezayı Gerektiren Hal

TCK'nın 243. maddesinin ikinci fıkrasında bir bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme ve orada kalma suçunun bedeli karşılığında yararlanılabilecek olan sistemler hakkında işlenmesi halinde verilecek cezanın yarı oranına kadar indirilebileceği düzenlenmiştir. Kanun koyu-

³⁷ TEPE, a.g.e. s. 288

³⁸ Artuk-Gökçen-Yenidünya, a.g.e. , s. 704

cunun böyle bir düzenleme yapmasının nedeni bedeli karşılığında faydalanılabilecek bir sistemde kişilere ait verilerin bulunmayışı ve bu sistemlere girilmesi ile kişi hak ve özgürlüklerinin değil yalnızca maddi menfaatlerin zarar göreceğini kabul etmesidir³⁹.

Bedeli karşılığı yaralanılabilen sistem kavramının ne şekilde anlaşılması gerektiği konusunda madde metninde bir açıklama yer almamakla birlikte doktrinde bu kavramın fiziksel olarak müdahale edilerek bedeli karşılığı yararlanılabilen bilişim sistemlerini ve ağ vasıtasıyla ulaşılabilen (ücretli web siteleri gibi) sistemler olarak anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir. Doktrinde internet bağlantı sağlayıcılarının sistemlerinin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği görüşü bulunmakta ise de ağ bağlantısını sağlayan yolun bedelsiz kullanımı halinde burada 243. maddedeki suçun değil 163. madde kapsamında karşılıksız yaralanma suçunun oluşacağı söylenerek buna karşı çıkmaktadır⁴⁰. İnternet kafelerin bedeli karşılığı yararlanılan sistem sayılıp sayılmayacağı konusunda farklı görüşler mevcut olup bunların da 243. Maddenin ikinci fıkrası kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunanlar yanında maddenin sistemin kullanıldığı yeri değil sistem içerisindeki elektronik yapıda sunulan ücretli hizmetleri kastettiğini düşünenler de vardır⁴¹.

Kanaatimizce kanun koyucu tarafından bir bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme ve orada kalma suçunun bedeli karşılığında yararlanılabilecek olan sistemler hakkında işlenmesi hali için daha az ceza öngörülmesi yerinde olmamıştır. Bilişim sistemine ilişkin suçlarla korunmak istenen hukuksal değer yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi öncelikle bilişim sisteminin gizliliği, bütünlüğü, kullanıma açıklığı ve sağlıklı işleyişi yani bilişim sisteminin güvenlidir. Hal böyle iken kanun koyucunun bedeli karşılığında yaralanılabilen sistemler açısından bilişim sistemine hukuka aykırı erişim eyleminin yalnızca malvarlığı değeri zarar görüyor gibi bir gerekçeyle daha az ceza öngörmesi kabul edilemez. 243. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiş olan söz konusu daha az cezayı gerektiren hal ile hem bilişim suçlarının düzenlenmesi

39 Artuk-Gökçen-Yenidünya, a.g.e., s. 689

40 Artuk-Gökçen-Yenidünya, a.g.e., s. 700

41 Bu konudaki farklı görüşler için bkz. TEPE, a.g.e. s. 287; TEPE, a.g.m., s. 280

ile ulaşılmak istenen amaç zayıflatılmış hem de Siber Suç Sözleşmesine aykırı bir durum yaratılmıştır.

b- Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Hal

Kanun koyucu inceleme konusu olan TCK'nın 243. maddesinin üçüncü fıkrasında netice sebebiyle ağırlaşan bir hal olarak sistemin içerdiği verilerin yok olması veya değişmesini kabul etmiştir. Doktrinde 243. Maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen eylemin bir bilişim sistemine girilmesi suretiyle sistemin içeriğine veya sistemde bulunan verilere zarar vermek suçu olarak ayrı bir suç tipini düzenlediği yönünde bir görüş ile bu fıkranın 243. Maddenin birinci fıkrasında düzenlenmiş olan suçun ağırlaştırıcı sebebi olduğu yönünde görüşler de mevcuttur⁴².

Bu fıkraya göre bir bilişim sistemine hukuka aykırı olarak giren ve orada kalmaya devam eden failin bu eyleminden dolayı haksız şekilde girilen sistemde bulunan veriler yok olur veya değişirse faile altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilecektir. Failin verilerin yok olması veya değişmesinden sorumlu tutulabilmesi için bu neticeye yönelik olarak en azından taksirinden söz edebilmek gerekir.

8- Yaptırım

TCK'nın 243. Maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş olan bilişim sistemine hukuka aykırı girme ve orada kalmaya devam etme suçunun yaptırımını bir yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır.

Maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiş olan daha az cezayı gerektiren hal söz konusu olduğunda faile verilecek ceza yarı oranında indirilecektir.

Maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenmiş olan netice sebebiyle ağırlaşmış halin varlığı durumunda faile verilecek ceza altı aydan iki yıla kadar hapis cezasıdır.

42 KURT, a.g.e., s. 152

B- Sistemi Engelleme, Bozma, Verileri Yok Etme veya Değiştirme Suçu

TCK'nın sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme başlıklı 244. maddesi⁴³ Avrupa Siber Suç Sözleşmesi'nin ⁴⁴, ⁵⁴⁵ ve 8.⁴⁶ maddeleri ile taraf ülkelere suç olarak düzenlenmesi gerektiği bildirilen bilgisayar verilerine müdahale edilmesi, bilgisayar sisteminin işleyişini engelleme, bilgisayar verilerini kendisine veya başkasına menfaat elde etmek için değiştirme, bozma, yok etme fiillerini suç olarak düzenlemektedir. Bu düzenleme ile bilişim sisteminin ve bilişim sistemindeki verilerin zarara uğratılması cezalandırılmaktadır.

43 TCK 244. md. Metni:

“(1) Bir bilişim sisteminin işleyişini engelleyen veya bozan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Bir bilişim sistemindeki verileri bozan, yok eden, değiştiren veya erişilemez kılan, sisteme veri yerleştiren, var olan verileri başka bir yere gönderen kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Bu fiillerin bir banka veya kredi kurumuna ya da bir kamu kurum veya kuruluşuna ait bilişim sistemi üzerinde işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(4) Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan fiillerin işlenmesi suretiyle kişinin kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlamasının başka bir suç oluşturmaması halinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.”

44 Avrupa Siber Suç Sözleşmesi Verilere Müdahale başlıklı 4. md. Metni:

“Taraflardan her biri, bilgisayar verilerinin haksız bir şekilde tahrir edilmesi, silinmesi, bozulması, değiştirilmesi veya erişilemez kılınması fiillerinin, kasıtlı olarak yapıldıklarında kendi ulusal mevzuatı kapsamında cezaî birer suç olarak tanımlanması için gerekli olabilecek yasama işlemlerini ve diğer işlemleri yapacaktır. Taraflar, yukarıda Paragraf l'de tanımlanan fiili, söz konusu fiilin ciddi zararlar sonuçlanması şartına bağlama haklarını saklı tutabilirler.”

45 Avrupa Siber Suç Sözleşmesi Sistemlere Müdahale başlıklı 5. md. Metni:

“Taraflardan her biri, bilgisayar verilerine yeni veriler ilave etmek, bilgisayar verilerini başka yerlere iletme, tahrir etmek, silmek, bozma, değiştirmek veya erişilemez kılmak suretiyle, bir bilgisayar sisteminin işleyişini ciddi ölçüde ve haksız şekilde engelleme fiilinin, kasıtlı olarak yapıldığında kendi ulusal mevzuatı kapsamında cezaî bir suç olarak tanımlanması için gerekli olabilecek yasama işlemlerini ve diğer işlemleri yapacaktır.”

46 Avrupa Siber Suç Sözleşmesi Bilgisayarlarla İlişkili Sahtekârlık Fiilleri başlıklı 8. md. Metni:

“Taraflardan her biri, aşağıdaki faaliyetlerde bulunmak suretiyle bir başkasının mülkiyetinin ziyama sebep olma fiilinin, kasıtlı ve haksız olarak yapıldığında, kendi ulusal mevzuatı kapsamında cezaî birer suç olarak tanımlanması için gerekli olabilecek yasama işlemlerini ve diğer işlemleri yapacaktır: Sahtekârlık yoluyla kendisi veya bir başkasına haksız maddi menfaat sağlamak amacıyla, bilgisayar verilerine herhangi bir şekilde yeni veriler ekleme, bilgisayar verilerini herhangi bir şekilde değiştirme, silme veya erişilemez kılma;

Sahtekârlık yoluyla kendisi veya bir başkasına haksız maddi menfaat sağlamak amacıyla, bir bilgisayar sisteminin işleyişine herhangi bir şekilde müdahale etme.”

1- Korunan Hukuksal Değer

Bu maddede düzenlenmiş olan suç maddi varlığı olan şeylere getirilmiş olan korumaya benzer bir korumanın bilişim sistemindeki verilere ve programlara getirilmiş hali olduğundan bu suç ile korunan hukuksal değerlerin bilişim sistemindeki veriler ya da bilişim sisteminin bütünlüğü ve sağlıklı bir şekilde işlemesi olarak belirtilmektedir⁴⁷.

Aynı gerekçeyle bu suç tipini bilişim sistemindeki veriler için düzenlenmiş özel bir mala zarar verme suçu⁴⁸ kabul ederek korunması amaçlanan değeri mülkiyet hakkı olarak kabul eden görüşler de mevcuttur⁴⁹.

244. Maddede düzenlenmiş olan suç tipi ile Anayasa ile güvence altına alınmış olan özel yaşamın gizliliği, haberleşme hürriyeti gibi kişi haklarının ve kişisel verilerin de koruma altına alınmış olduğu açıktır.

Bilişim sisteminde yer alan ve ilgili madde ile koruma altına alınmış olan veriler özgün bir çalışmayı içeren veriler de olabileceğinden bu suç tipi ile fikri mülkiyetin de koruduğu rahatlıkla söylenebilir.

Bu değerlerin yanında, 244. maddede düzenlenmiş olan eylem bilişim sistemine müdahaleyi de gerektirdiğinden bu suç tipi ile bilişim sistemlerine uygun bir şekilde erişme ve bu sistemleri düzgün şekilde işletmeye yönelik değerlerin korunduğu⁵⁰ görüşünde olanların yanında bilişim sisteminde yer alan çoğu verinin ülke ekonomisine ve hatta devlet güvenliğine ilişkin olduğundan bahisle bu suçun kamu düzenini koruduğu görüşünde olanlar da mevcuttur⁵¹.

2- Fail ve Mağdur

Bu suçun faili TCK'nın 244. maddesinde sayılmış olan bir bilişim sisteminin işleyişini engelleme veya bozma, bir bilişim sistemindeki verileri bozma, yok etme, değiştirme veya erişilmez kılma, sisteme veri yerleştirme, var olan verileri başka bir yere gönderme fiillerini gerçekleştiren herhangi bir kişi olabilecektir.

47 AKINCI, a.g.m., s. 18

48 KARAGÜLMEZ, Ali, Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Ankara 2009, s.187; Ketizmen, a.g.e. s. 157

49 Tepe, a.g.e., s. 290

50 Tepe, a.g.e., s. 290; AKINCI, a.g.m., s. 20

51 KURT, a.g.e., s. 162

Suçun mağduru da müdahalede bulunulan bilişim sistemi üzerinde mülkiyet, zilyetlik ya da başka bir hakka dayanarak tasarruf etme ve kullanma hakkına sahip olan ya da verileri yok edilen, bozulan herhangi bir kişi olabilecektir.

3- Maddi Unsur

TCK'nın 244. Maddesinde kanun koyucu birden fazla fiili suç olarak tanımlamış ve yaptırımı bağlamıştır. Bu fiillerden ilki maddenin birinci fıkrasında düzenlenmiş olan bilişim sisteminin işleyişini engellemek veya bozmaktır.

Bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi sistemin yerine getirdiği fonksiyonları ifa etmesinin önlenmesi anlamına gelmekte ve sistemin yavaşlamasına neden olmak, sistemin veri alışverişi yapmasını engellemek, veri hızını düşürmek, sistemdeki bazı programların çalışmasını engellemek gibi şekillerde gerçekleşebilmektedir. Bilişim sisteminin bozulması ise sistemin çökertilmesi, sistemdeki program akışının değiştirilmesi, sistem yazılımlarının virüsler yoluyla çalışamaz hale getirilmesi gibi sistemin tamamen çalışamaz hale gelmesini ifade etmektedir⁵².

Bilişim sisteminin engellenmesi veya bozulması bilişim sisteminin araç olarak kullanılması, sisteme müdahale edilmesi şeklinde gerçekleştirilebileceği gibi fiziksel müdahalelerle de gerçekleştirilebilir⁵³. Bilişim sisteminin işleyişinin sistemin parçası olan kabloların kesilmesi, sistem donanımlarına kırmak suretiyle zarar verilmesi şeklinde engellenmesi veya bozulması durumunda burada hem TCK'nın 151. Maddesinde düzenlenmiş olan mala zarar verme suçu söz konusu olacak hem de bilişim sistemine yönelik bir eylem söz konusu olduğundan TCK 244. Madde uygulama alanı bulacaktır. 244. Maddede düzenlenmiş olan suç tipinin yaptırımı 151. Maddede düzenlenmiş olan mala zarar verme suçuna göre daha ağır bir cezayı gerektirdiğinden bu durumda fail TCK'nın 44. Maddesi gereğince daha ağır cezayı gerektiren 244. Maddeden cezalandırılacaktır.

52 KURT, a.g.e., s. 164

53 Artuk-Gökçen-Yenidünya, a.g.e., s. 707

Bilişim sisteminin işleyişi sisteme elektronik posta bombardımanı adı verilen yöntemle çok sayıda elektronik posta gönderilerek sistemin kilitlenmesi, zararlı virüsler yoluyla sistemin komutları algılayamaz hale getirilmesi⁵⁴, bilişim sistemine rabbits (tavşan) adı verilen ve sisteme girildikten sonra hızla çoğalarak sistemin bir sürü gereksiz işlem yapmasına neden olarak olağan işleyişin gerçekleşmesini engelleyen ve sonunda da sistemi tamamen durduran bir tür virüs yerleştirilmesi⁵⁵ gibi bilişim sistemine müdahale edilerek ve sistem araç olarak kullanılarak da engellenebilir veya bozulabilir.

Doktrinde 5237 sayılı TCK yürürlüğe girmeden önce bilişim sistemini engelleme veya bozma suçunu cezalandırmak için kullanılan ETCK'nın 525/b-1 maddesinin bilişim sisteminin işleyişinin fiziksel müdahale ile bozulması veya engellenmesi durumunda uygulanamayacağı, bu durumda yalnızca genel mala zarar verme suçuna ilişkin hükümlerinin uygulanabileceği görüşü eleştirilmekte ve ETCK'nın yürürlükte olduğu dönemde de bilişim sistemine su dökmek, kırmak gibi fiziksel müdahalelerde bulunularak sistemin işleyişinin engellenmesi veya bozulması halinde de meydana gelen sonuç dikkate alınarak 525/b-1 maddesinin uygulanabileceği söylenmektedir⁵⁶.

Maddenin ikinci fıkrasında suç olarak düzenlenmiş olan eylem bilişim sistemindeki verilerin bozulması, yok edilmesi, değiştirilmesi, erişilmez kılınması, sisteme veri yerleştirilmesi, var olan verilerin başka bir yere gönderilmesi fiilleridir. Bu fıkrada sayılmış olan eylemler seçimlik olup bu fiillerden herhangi birinin yapılması durumunda suç gerçekleşmiş olacaktır.

Fıkrada sayılmış olan seçimlik hareketlerden verilerin bozulması ile verilerin yok edilmesini birbirinden ayıran husus suça konu verilerin eylemden sonra geri döndürülüp döndürülmemesi hususudur. Verilerin bozulmasında çoğu zaman bu verilerin geri kazanılması mümkün olmakta ancak yok edilen veriler geri döndürülememektedir. Burada verilerin yok ediliş şekli de önem arz etmektedir. Bilişim sistemindeki bir verinin "sil"

54 KURT, a.g.e., s. 164

55 Artuk-Gökçen-Yenidünya, a.g.e., s. 707, dn. 103

56 KURT, a.g.e., s. 166

komutu verilerek sistemden silinmesi halinde belirli işlemler yapılarak bu verilere tekrar ulaşılması mümkün olduğundan bu işlemin yapılmasıyla verilerin yok edilmiş olmayacağı, yine de mağdurun verilere tekrar ulaşmak için uğraşılacak süre içerisinde bu verilere ulaşması engellenmiş olacağından diğer seçimlik hareket gerçekleşmiş olacağından fıkradaki suçun meydana gelmiş olacağı belirtilmektedir⁵⁷. Kanun koyucu verilere ilişkin bu suç tipi için hemen hemen her eylemi kapsayacak şekilde seçimlik hareket öngörmüş olduğundan uygulamada bu tür durumların sorun yaratması engellenmiş, failin her durumda cezalandırılması sağlanmıştır. Verilerin sisteme müdahale edilerek tamamen yok edilmesi neredeyse imkânsız kabul edilmekte ve bu nedenle de verilerin yok edilmesinin ancak fiziksel müdahale ile mümkün olacağı kabul edilmektedir⁵⁸.

Verilerin değiştirilmesi kişinin kendisine veya başkasına menfaat sağlaması, başkalarına zarar vermek gibi amaçlarla sistemde bulunan verilerin orijinal halinden başka bir şekle dönüştürülmesidir⁵⁹.

Verilerin erişilmez kılınması bilişim sistemi içindeki verilere erişimi sağlayan anahtar verilerin değiştirilmesi ile bu verilere ulaşmanın engellenmesidir. Bu fiil de bilişim sistemine müdahale yoluyla ya da fiziksel müdahale ile gerçekleştirilebilmektedir.

Bilişim sistemine veri yerleştirme eylemi bir hastanenin kayıtlarına girilerek buradaki hasta bilgilerinin, teşhis ve tedavi bilgilerinin değiştirilmesinde olduğu gibi ölümcül sonuçlara dahi yol açabilecek⁶⁰, genellikle de kişilerin kendilerine veya başkalarına menfaat sağlamak için başvurdukları bir yöntemdir. Burada suçun oluşması için failin niyeti önem arz etmediği gibi bu fiil neticesinde bir zarar doğmuş olması ya da failin kendisine menfaat sağlaması önem arz etmemektedir.

Verilerin bir başka yere gönderilmesi devletlerin güvenliğine ilişkin önemli bilgilerin ele geçirilmesi, bir öğrencinin sınav sorularını kopyala-

57 KURT, a.g.e., s. 168

58 KURT, a.g.e., s. 168

59 Yargıtay 4. CD. 28.02.200 tarih ve 2000/1068 E., 2000/1771 K. Sayılı kararında bilgisayar kayıtlarındaki sayaç çarpanını değiştirerek kendisine eksik fatura düzenlenmesine yol açan sanığın ETCK'nın 525/b, 5237 sayılı TCK'nın 244. maddesinin 2. Fıkrası ile düzenlenmiş olan verilerin değiştirilmesi suçu nedeniyle cezalandırılmasına karar vermiştir. Bkz. KURT, a.g.e., s. 169, dn. 47

60 KURT, a.g.e., s. 170

ması, kişilerin özel bilgi ve resimlerinin ele geçirilmesi, ekonomik menfaat elde etmek ve başkalarının eserlerini haksız şekilde ele geçirmek gibi pek çok amaçla gerçekleştirilmekte ve özel hayatın gizliliği, fikri mülkiyet hakkı, kamu yararı, devlet güvenliği gibi pek çok hakkı ihlal etmektedir.

Siber Suç Sözleşmesi ülkelere verilere müdahale suçuna ilişkin düzenleme yaparken bu suç tipini ciddi zararlara yol açan eylemlerle sınırlı tutabilmek konusunda yetki vermiştir. Ancak kanun koyucunun bu suç tipini böyle bir şarta bağlamaması kanımızca “ciddi zarar” kavramı belirsiz ve yoruma açık olduğundan kanunilik ilkesi açısından yerinde olmuştur.

4- Manevi Unsur

TCK'nın bilişim sistemini engelleme, bozma, verileri yok etme, değiştirme, başka bir yere kopyalama fiillerini suç olarak düzenleyen 244. Maddesinin birinci ve ikinci fıkraları ETCK'nın bu eylemleri suç olarak düzenleyen 525/b-1 maddesinden farklı olarak bu eylemlerin başkasına zara vermek, kendisine veya başkasına yarar sağlamak amacıyla yapılmasını suçun gerçekleşmesi için bir şart olarak aramamıştır. Bu nedenle 244. Maddenin birinci ve ikinci fıkrasında düzenlenmiş olan suçlar için özel bir kast aranmamakta, genel kast yeterli olmaktadır. Madde metninde suçun yalnızca doğrudan kastla işlenebileceğine dair bir ibare bulunmadığından olası kastla işlenmesi de mümkündür. Bu suçun taksirle işlenmesi halinde cezalandırılacağına dair maddede özel bir düzenleme bulunmadığından bu fiilleri taksirle gerçekleştiren faile ceza verilmez.

5- Hukuka Aykırılık Unsuru

TCK'nın 244. Maddesinde düzenlenmiş olan suç da ancak hukuka aykırı bir eylemle gerçekleştiğinde cezalandırılabilir. Kanun koyucu burada da Siber Suç Sözleşmesine uygun olarak özel hukuka aykırılık aramıştır. Buna göre örneğin sistemin daha sağlıklı işleyebilmesi için sistemin yapılandırmasının değiştirilmesi, sistem güvenliği için internete erişimi engelleyen bir program yerleştirilmesi gibi eylemler hukuka aykırı olmadıkları için bu suçu oluşturmayacaktır⁶¹.

61 AKINCI, a.g.m., s. 19

Eylemin hukuka aykırı bir şekilde gerçekleştirilmesi şart olduğundan mağdurun bilgisi ve rızası dâhilinde, bir kanun hükmü ya da mahkeme kararı gereğince gerçekleştirilen eylemler veya zorunluluk hali söz konusu olması durumunda faile ceza verilmeyecektir. Tabiidir ki maddede sayılan eylemlerin kamuya ait bir sistem ya da veriler üzerinde işlenmesi halinde burada rıza hukuka uygunluk sebebinden söz edilemeyecektir.

6- Suçun Özel Görünüş Biçimleri

a- Teşebbüs

Bilişim sistemindeki verilere zarar verme suçu teşebbüse mümkün bir suç olup fail tarafından icra hareketlerine başladıktan sonra bu hareketlerin tamamlanamaması durumunda faile teşebbüsten ceza verilecektir. Doktrinde bilişim sistemine veri yerleştirmek, verileri bozmak gibi amaçlarla giren failin sisteme girdikten sonra bu eylemleri gerçekleştirmekten vazgeçmesi halinde 244. Madde gereğince değil 243. Maddede düzenlenmiş olan suçtan cezalandırma yoluna gidileceği söylenmektedir⁶².

b- İştirak

TCK'nın 244. Maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında düzenlenmiş olan suç tipleri iştirak açısından bir özellik arz etmemektedir. TCK'nın iştiraki düzenleyen 38. ve 39. maddeleri uyarınca bu suçun işlenmesine katılan kişiler eylemlerinin niteliğine göre cezalandırılacaktır.

c- İçtima

Bu suç tipinin farklı zamanlarda aynı kişiye karşı birden çok kez işlenmesi halinde zincirleme suç söz konusu olacaktır.

Burada tartışılması gereken en önemli konu bilişim sistemindeki verilere zarar verme suçunun gerçekleşebilmesi için öncelikle söz konusu bilişim sistemine girme fiilinin işlenmesi gerektiğinden burada iki ayrı suç tipinden mi yoksa daha ağır cezayı gerektiren ve sonuç meydana getiren fiilden mi ceza verilmesi gerektiğidir. TCK 243. Maddede bilişim sistemine girme suçu ayrı bir düzenlemeye tabi tutulduğundan bu iki

62 Artuk-Gökçen-Yenidünya, a.g.e., s. 715

suç arasında bir geçitli suç ilişkisi⁶³ mi bulunduğu yoksa her iki suçtan ayrı ceza mı verilmesi gerektiği doktrinde tartışmalıdır. Bu konuda yaygın görüş fikri içtimayı da kabul ederek bir suçun icra hareketlerinin bir başka suçun icra hareketleriyle kısmen ya da tamamen örtüşmesi halinde suç tipimize uygun olarak anlatmak gerekirse bir bilişim sistemindeki verilere bozma, yok etme, değiştirme, erişilmez kılma, veri yerleştirme ya da söz konusu verilerin başka bir yere gönderilmesi icra hareketlerini gerçekleştirmek isteyen failin öncelikle bir bilişim sistemine girmesi gerektiğinden dolayısıyla 243. Maddede düzenlenmiş olan suç tipini ihlal etmiş olacak ancak asıl yapmak istediği yukarıda sayılan eylemler olduğundan bu fiillerin gerçekleştirilmesi halinde 244. Maddede belirtilen suç işlenmiş olacağından faile daha ağır cezayı gerektiren 244. Maddeden dolayı ceza verilecektir⁶⁴.

Bu maddenin birinci ve ikinci fıkralarında düzenlenmiş olan suç tipleri ile mala zarar verme suçu arasındaki ilişki açısından doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bazı yazarlara göre bu iki suç tipi konuları açısından birbirinden tamamen farklıdır. Ancak 244. Maddenin gerekçesinde de bu maddenin mala zarar vermenin özel bir şekli olarak düzenlendiğinin açıkça belirtilmiş olmasından yola çıkarak bu iki suç tipi arasında özel norm-genel norm ilişkisi bulunduğu, 244. Maddede düzenlenmiş olan suçun yalnızca bilişim sistemindeki verilere veya programlara ilişkin olmayıp sistemin donanımı için de konulmuş olduğu ve sistemdeki donanıma zarar verilmesi halinde burada artık mala zarar verme suçundan değil 244. Maddede düzenlenmiş olan suçtan söz edileceği karşıt görüş olarak savunulmaktadır⁶⁵. Çalışan ve bir bilişim sistemi olma işlevini gören donanıma yönelik olarak fiziksel bir eylemde bulunulması halinde bu durumda bilişim sisteminin işleyişi bozulacağından veya sistemin işleyişi engelleneceğinden bu eylem 244. Maddenin birinci fıkrasında düzenlenmiş olan suçu oluşturacak, örneğin bir vitrinde satılmak üzere duran ya da kullanılmayan bir sisteme ait donanıma zarar ve-

63 Bu durumda TCK'nın 243. Maddesinde düzenlenmiş olan suç tipinin geçitli suç kabul edilerek faile yalnızca 244. Maddeden ceza verilmesi gerektiğine ilişkin bkz. Artuk-Gökçen-Yenidünya, a.g.e., s. 710

64 TAŞDEMİR, Kubilay; Bilişim, Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması ve Dolandırıcılık Suçları, Ankara Temmuz 2009, s. 274-275

65 Tepe, a.g.e. s. 313

rilmesi halinde de artık 151. Madde kapsamında mala zarar verme suçunun olduğu kabul edilecektir⁶⁶.

7- Suça Etki Eden Nedenler

a- Daha Ağır Cezayı Gerektiren Nitelikli Unsur

TCK'nın 244. Maddesinin üçüncü fıkrasında bu maddenin birinci ve ikinci fıkrasında düzenlenmiş olan eylemlerin bir bankanın veya kredi kuruluşunun veya bir kamu kurum ya da kuruluşunun bilişim sistemine karşı işlenmesi halinde bu durum bir ağırlatıcı sebep olarak kabul edilmiş ve verilecek cezanın yarı oranında arttırılacağı hükme bağlanmıştır. Burada kanun koyucu sayılan kurum ve kuruluşların bilişim sistemlerine karşı maddede sayılan eylemlerin işlenmesi halinde meydana gelen sonuçların daha ağır olabileceğini öngörerek ceza artırımı yoluna gitmiştir⁶⁷.

8- Yaptırım

Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan fiillerin işlenmesi suretiyle kişinin kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlamasının başka bir suç oluşturmaması halinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.

C- Kişinin Kendisine veya Başkasına Çıkar Sağlamak Amacıyla TCK 244. Maddede Düzenlenen Eylemleri Gerçekleştirme

765 sayılı ETCK'nın bilgileri otomatik işleme tabi tutulmuş bir sistemi kullanarak kendisine veya başkasına hukuka aykırı yarar sağlamasını suç olarak düzenleyen 525/b-1 maddesinin bir yansıması olarak karşımıza 5237 sayılı TCK'nın 244. Maddesinin dördüncü fıkrası çıkmaktadır.

ETCK'da yer alan düzenleme doktrinde çok geniş bir alanı kapsadığı, hırsızlık, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma gibi suç tipleriyle karıştırılabileceği, çok genel bir hüküm olması nedeniyle belirginlik ve kanunilik ilkelerine aykırılık teşkil ettiği gerekçeleriyle eleştirilmiştir⁶⁸.

⁶⁶ Tepe, a.g.e., s. 313

⁶⁷ KURT, a.g.e., s. 170

⁶⁸ Tepe, a.g.e., s. 303-304

Yargıtay da o dönemde vermiş olduğu kararlarıyla doktrindeki bu eleştirileri haklı çıkarır şekilde hareket etmiş ve Yargıtay bu suç tipine ilişkin olarak önüne gelen olaylarda kimi zaman 525/b hükmünü uygularken kimi zaman da zimmet, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hırsızlık gibi hükümleri uygulamıştır⁶⁹.

5237 sayılı TCK'nın 244. Maddesinin dördüncü fıkrasındaki düzenleme ile bu karışıklığın önüne geçmek amaçlanmıştır. Bu fıkra ile 244. Maddenin birinci ve ikinci fıkralarında düzenlenmiş olan seçimlik hareketlerin gerçekleştirilmesi suretiyle kişinin kendisine veya başkasına haksız çıkar sağlaması düzenlenmiştir. Bu fıkranın uygulanabilmesi için metinde belirtilen eylemin başka bir suç oluşturmaması şartının gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Madde metninde "başka bir suç" ifadesi kullanılırken madde gerekçesinde "fiilin daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmaması"ndan bahsedilmektedir. Bilişim suçlarıyla ilgili diğer düzenlemelerde olduğu gibi burada da kanun metni ile gerekçe arasında çelişki bulunmaktadır.

244. maddenin dördüncü fıkrasının uygulanabilmesi için eylem neticesinde bir haksız çıkar sağlanması ve bu sağlanan haksız çıkarın maddenin birinci ve ikinci fıkrasında düzenlenmiş olan seçimlik hareketlerin yapılması suretiyle elde edilmiş olması gerekmektedir. Doktrinde buna örnek olarak internet ortamında yapılan bir açık arttırmada sisteme müdahale edilerek açık arttırmanın usulüne aykırı şekilde sonuçlanmasına neden olunarak kişinin kendisine veya başkasına çıkar sağlaması, mevduat sahibinin internet bankacılığı şifresi kırılarak bankanın bilişim sistemine erişmek suretiyle haksız menfaat temini sağlanması gibi eylemler örnek gösterilmektedir⁷⁰.

⁶⁹ Yargıtay bir kararında banka görevlisi olan ve kendi şifresi bulunan sanığın mudilerin hesabından kendi hesabına para aktarmasını zimmet kabul etmiş, bir diğer kararında kendi şifresini kullanarak bazı hesaplara faiz tahakkuk ettiren ve hesap sahiplerine bu paraları çektiren banka personelinin eylemini nitelikli dolandırıcılık olarak değerlendirmiş, diğer bazı kararlarında ise bir banka çalışanın şifresini öğrenerek onun bulunmadığı bir sırada bilgisayarına girerek başkasının hesabından kendi hesabına para aktaran kişiye, telefon şirketinin bilişim sistemine girerek telefon görüşmelerini yapılmamış gösteren kişiye, Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi'nin sistemine girerek sınavı kazanmadığı halde kazanmış gibi gösteren kişiye ETCK'nın 525/b maddesi uyarınca ceza verilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bu kararların metinleri ve bu konuda detaylı bilgi için bkz. Tepe, a.g.e., s. 305-306

⁷⁰ Tepe, a.g.e., s. 309

Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında sanığın telefon kulübelelerinden topladığı boş telefon kartlarına barkod ve manyetik bant yapıştırmak suretiyle kontör yükleyip bunları telefon kulübelerinden arama yapmak için kullanması eylemini 765 sayılı Kanun'un 521/b maddesinde düzenlenmiş olan bedeli ödenmek suretiyle yaralanılan otomatik makinelerden bedelsiz yararlanma suçu sayan yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Ceza Genel Kurulu bu kararında sanığın eyleminin bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş bir sisteme farklı veri yükleyerek bu sistemi aldatarak yarar sağlama kabul etmiş, çoğunluk görüşüne katılmayarak bu suçun 765 sayılı Kanun'un 521/b maddesine karşılık gelen 5237 sayılı Kanun'un 163. maddesinde düzenlenen suçu oluşturacağı görüşüne rağmen, sanığa 244. maddenin dördüncü fıkrası uyarınca ceza verilmesi gerektiğini hükme bağlamıştır⁷¹.

Yargıtay 244. Maddenin dördüncü fıkrası ile 158/1-f maddesinde düzenlenen nitelikli dolandırıcılık arasındaki farkı ortaya koyan kararlarında bu iki suç arasındaki ayrımın suçun kime ve neye karşı işlenmiş olduğuna göre yapılacağını ortaya koymaktadır. Buna göre hile içeren eylem bir bilişim sistemi kullanılarak bir kişiye karşı işlenirse ve bu eylem neticesinde haksız çıkar elde ediliyorsa burada bilişim sistemi kullanılarak nitelikli dolandırıcılık suçunun işlendiğini kabul etmektedir.

Doktrinde interaktif bankacılık hizmetleri aracılığıyla internet üzerinden para transferi gerçekleştirilen durumlarda 244/4. Maddenin mi yoksa nitelikli hırsızlığın düzenlendiği 142/2-e'nin mi uygulanacağı tartışmalı iken Yargıtay 2009 yılı öncesinde vermiş olduğu kararlarda başkasına ait bir hesaptan internet aracılığıyla kendi hesabına para aktarılmasını 244/4 kapsamında değerlendirmekteydi. Yargıtay'ın bu yöndeki kararları doktrinde bazı yazarlarca 244/4 maddesinin uygulanabilmesi için eylemin başka bir suç oluşturmaması gerektiği düzenlemesi nedeniyle, internet üzerinden hesaptan hesaba havale durumunda hesabından para alınan kişinin rızası dışında ona ait bir malvarlığı değeri başka bir kişinin hâkimiyet alanına sokulmuş olacağından burada artık nitelikli hırsızlık hükümlerinin uygulanması gerektiği belirtilerek eleştirilmekteydi⁷². Yargıtay Ceza Genel Kurulu 17.11.2009 tarih, 2009/11-193 Esas, 2009/268 Karar

71 Karar metni için bkz. TAŞDEMİR, a.g.e. , s. 285 vd.

72 Tepe, a.g.e. s. 312

sayılı kararında sanığın bir şirketin bankadaki hesabının internet şifresini kırarak bu hesaptan kendi adına olan hesaba para aktarması eyleminde sanığın eylemi ile amaçladığının yalnızca mağdurun bankadaki parasını ele geçirmek, çalmak olduğunu belirtmiş; 244. maddenin dördüncü fıkrasında bu suçtan dolayı failin cezalandırılabilmesi için fiilin daha ağır cezayı gerektirmemesi şartı arandığından bu maddenin tali bir norm olduğunu belirterek sanığa daha ağır cezayı gerektiren ve asli norm olan 142/2-e maddesi uyarınca ceza verilmesi gerektiğini karar bağlamıştır⁷³.

Kişinin kendisinin veya başkasının yararına haksız çıkar sağlamak amacı ile bilişim sistemindeki verileri yok etmesi, değiştirmesi, verileri başka yere göndermesi kanun koyucu tarafından Siber Suç Sözleşmesi'nin 8. maddesine uygun olarak ayrıca ve daha ağır şekilde cezalandırılmış iken Siber Suç Sözleşmesi'nin 7. maddesi ile düzenlenmiş olan, kişilerde farklı verilerin hukuki açıdan asıl orijinal veriler gibi algılanması amacıyla kasten ve hukuka aykırı olarak bilişim sistemindeki verilerin değiştirilmesi, silinmesi, bu verilere yeni veriler eklenmesi eylemleri ayrı bir suç olarak düzenlenmemiştir. Oysaki Siber Suç Sözleşmesi'nin 7. maddesi belgede sahtecilik suçunun bilişim sistemine uyarlanmış özel bir türü olup genel belgede sahtecilik suçu ile karşılanamayan, ispat etkisi olan elektronik verilerde sahtecilikle ilgili boşluğun doldurulmasını amaçlamaktadır⁷⁴. Bu suç tipi özellikle hukuki işlemlere ilişkin verileri ve delilleri korumaya yönelik olduğundan ağır sonuçlar doğurabilen bir suç tipidir. Bu nedenle de kanun koyucunun Siber Suç Sözleşmesi'nin 7. maddesinin de gereğini yerine getirerek bu maddede belirtilen eylemleri ayrı bir suç olarak düzenlemesi ve 244. maddenin 4. fıkrasında düzenlenen suçta olduğu gibi maddenin birinci ve ikinci fıkrasında düzenlenmiş olan suçlara göre daha ağır bir yaptırıma bağlaması gerektiği kanaatindeyiz⁷⁵.

73 Karar metni için bkz. <http://legalbank.net/belge.aspx?id=671595>, e.t. 22.05.2010, e.s. 23.00

74 AKINCI, a.g.m., s. 25-26

75 Nitekim İtalyan Ceza Kanunu'nun 491bis maddesi ispat etkisi olan veri veya bilgileri veya bunları özel olarak oluşturmaya yönelik programları içeren herhangi bir kaydı bilişim belgesi saymakta ve korumaktadır. Alman Ceza Kanunu'nun 269 ve 274/2 maddeleri de ispat gücü olan verileri sahte evrak oluşumuna yol açacak şekilde değiştirmeyi ve ispat gücü olan verileri başkası zaranna silmeyi, gizlemeyi, kullanılamaza hale getirmeyi suç olarak düzenlemektedir. Bkz. ÜNVER, Yener; "Türk Ceza Kanunu'nun ve Ceza Kanunu Tasarısının İnternet Açısından Değerlendirilmesi başlıklı makale, İÜHFİM, Cilt LIX, S. 1-2, İstanbul 2001, s. 67

D- Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu

Banka ve kredi kartları ile ilgili suçlar, mülga ceza kanununda doğrudan doğruya herhangi bir düzenlemeye sahip olmayıp bu suç tipleri, banka ve kredi kartlarıyla ilgili suçları da kapsamına alan 525/b-1 ve 525/b-2 maddesi kapsamında değerlendirilmekteydi. Yargıtay'ın bu dönemde vermiş olduğu çeşitli kararları incelendiğinde banka ve kredi kartlarıyla ilgili karşılaşılan ihlallerin çeşitli suç tipleriyle nitelendirildiği ve fiillerin buna göre cezalandırıldığı görülmektedir.

Yargıtay vermiş olduğu bir kararda; haksız olarak ele geçirdiği mağdura ait banka kartını ve şifresini ATM'de kullanarak mağdurun hesabından para çeken sanığın eyleminin 765 sayılı mülga TCK'nun 525/b-2 maddesinde⁷⁶ düzenlenen suç oluşturduğu kanaatine varmıştır⁷⁷. Her ne kadar Yargıtay otomatik ödeme makinelerinin (ATM) kart giriş haznesine yapılan müdahaleler neticesi mağdurların banka veya kredi kartlarının ele geçirilmesi durumunda bilişim suçunun varlığını kabul ederek⁷⁸ bu tip eylemler neticesinde işlenen suçları mülga TCK md. 525/b-2 kapsamında değerlendirmiş ise de diğer bir kararında; ATM makinelerine müdahale neticesinde başkasına ait banka kartlarının ve şifrelerinin ele geçirilerek kullanılması suretiyle para çekilmesini, mülga TCK'nun 504/3. maddesinde⁷⁹ düzenlenen banka veya

76 765 sayılı mülga TCK Madde 525/b - (Ek madde: 06.06.1991 – 3756/22 md.)

“Başkasına zarar vermek veya kendisine veya başkasına yarar sağlamak maksadıyla, bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş bir sistemi veya verileri veya diğer herhangi bir unsuru kısmen veya tamamen tahrip eden veya değiştiren veya silen veya sistemin işlemesine engel olan veya yanlış biçimde işlemesini sağlayan kimseye iki yıldan altı yıla kadar hapis ve beş milyon liradan elli milyon liraya kadar ağır para cezası verilir.

Bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş bir sistemi kullanarak kendisi veya başkası lehine hukuka aykırı yarar sağlayan kimseye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve iki milyon liradan yirmi milyon liraya kadar ağır para cezası verilir.”

77 Y. 6. CD, 23.10.2003 tarih, 18241 E. 7415 K. Sayılı kararı, naklen EROL, Haydar; Gerekçeli, Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2005, s. 1138

78 DEĞİRMENCİ, Olgun; “Ceza Hukuku Açısından Kredi ve Banka Kartları” başlıklı makale, Legal Hukuk Dergisi, sayı 3, Mart 2003, s. 607

79 765 sayılı mülga TCK md. 504 metni

“ Yukarıdaki maddede belirtilen dolandırıcılık suçu;

...

3. Posta, Telgraf ve Telefon İşletmesinin haberleşme araçlarını veya banka veya kredi kurumlarını veya herhangi bir kamu kurum ve kuruluşunu vasıta olarak kullanmak suretiyle,

...

kredi kurumlarını vasıta olarak kullanmak suretiyle dolandırıcılık suçu olarak kabul etmiştir⁸⁰.

Uygulamada Yargıtay tarafından banka ve kredi kartlarıyla ilgili suçlar konusunda yaptığı farklı değerlendirmeler 5237 sayılı TCK'nın banka ve kredi kartlarıyla ilgili özel bir düzenleme getirerek 245. maddesinde banka veya kredi kartları ile ilgili suçları cezai yaptırıma bağlaması ile ortadan kalkmış ve kanunilik ilkesi açısından yaşanan sıkıntı da giderilmiştir.

5237 sayılı kanun ile getirilen banka ve kredi kartlarıyla ilgili 245. maddesi ilk kabul edildiğinde iki fıkradan oluşmakta iken daha sonradan görülen lüzum üzerine kanun koyucu bu maddede iki kez değişikliğe giderek⁸¹ kanun metnine son şeklini vermiştir⁸².

İşlenirse, faile iki yıldan beş yıla kadar ağır hapis ve sağladığı haksız menfaatin iki misli kadar ağır para cezası verilir.

Suçun işlenmesinde yukarıda yazılı hallerden iki veya daha fazlası birleşirse hapis cezasının asgari haddi üç yıl ağır haptir.”

- 80** Y. 11. CD, 02.10.2006 tarih, 5493 E., 7673 K. sayılı kararı, naklen MERAN, Necati; Açıklamalı-İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2007, s. 1172
- 81** Bu konuda yapılan ilk değişiklik 29.06.2005 tarih ve 5377 sayılı Kanununun 27. maddesi ile gerçekleşmiş ve 08.07.2005 tarihinde 25869 sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Burada getirilen yeni düzenleme ile ilgili maddenin son halinin ilk dört fıkrası düzenlenmiştir. Yapılan ikinci değişiklik ise 06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı kanun ile yapılmış, 19.02.2006 tarih ve 26381 sayılı RG'de yayımlanmıştır. Bu değişiklikte ise ilgili maddeye beşinci bir fıkra eklenerek 245. madde son halini almıştır. Maddenin değişikliklerden önceki ilk hali şu şekildedir:
Md. 245. metni: “(1) Başkasına ait bir banka veya kredi kartını, her ne suretle olursa olsun ele geçiren veya elinde bulunduran kimse, kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın bunu kullanarak veya kullandırarak kendisine veya başkasına yarar sağlarsa, üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ve adli para cezası ile cezalandırılır.
(2) Sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan bir banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlayan kişi, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, dört yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”
- 82** 5237 sayılı TCK'nun Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması başlıklı 245. maddesi metni:
(1) Başkasına ait bir banka veya kredi kartını, her ne suretle olursa olsun ele geçiren veya elinde bulunduran kimse, kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın bunu kullanarak veya kullandırarak kendisine veya başkasına yarar sağlarsa, üç yıldan altı yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.
(2) Başkalanna ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek sahte banka veya kredi kartı üreten, satan, devreden, satın alan veya kabul eden kişi üç yıldan yedi yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.
(3) Sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan bir banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlayan kişi, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

Banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması başlıklı 245. maddenin birinci fıkrasında başkasına ait bir banka veya kredi kartının kötüye kullanılması, ikinci fıkrasında sahte banka veya kredi kartı üretilmesi, satılması, satın alınması, üçüncü fıkrasında ise sahte oluşturulan bir banka veya kredi kartının kullanılması suçları düzenlenmiş ve yaptırımlara bağlanmıştır. İlgili maddenin dördüncü fıkrası suça ilişkin şahsi cezasızlık sebebini düzenlemiş, beşinci fıkrasında ise birinci fıkrada düzenlenen başkasına ait bir banka veya kredi kartını kötüye kullanma suçu ile ilgili etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabileceği hükme bağlanmıştır.

Madde metni de incelendiğinde ilk üç fıkrada üç ayrı suç tipinin düzenlendiği görülmektedir. Bu açıdan düzenlenen üç ayrı suç tipinin kendilerine has özelliklerinin göz önünde bulundurularak değerlendirilme yapılması yerinde olacaktır.

Kanun koyucu 245. maddenin birinci fıkrası ile nasıl olduğuna bakılmaksızın başkasına ait bir banka veya kredi kartını elinde bulunduran kişinin, kart sahibinin rızası olmaksızın, kartı kullanarak veya başkasına kullandırarak kendisine veya üçüncü bir şahsa yarar sağlaması halinde üç ila altı yıl arasında hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılmasını düzenlemiştir.

245. maddenin ikinci fıkrasında başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirmek suretiyle sahte banka kartı üretme, satma, devretme, satın alma ve kabul etme eylemlerini gerçekleştirenlerin üç yıldan yedi yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılmaları hüküm altına alınmıştır.

245. maddenin üçüncü fıkrasında ise birinci fıkrada belirtilmiş olan fiillerin sahte banka veya kredi kartı oluşturularak işlenmesi hali daha ağır bir suç olarak kabul edilmiş ve bu suçu işleyenlerin, fiillerinin daha ağır bir suç oluşturmaması halinde dört yıldan sekiz yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılacakları belirtilmiştir.

(4) Birinci fıkrada yer alan suçun;

- a) Haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin,
- b) Üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlâtlığın,
- c) Aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin,

Zararına olarak işlenmesi hâlinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükümlenmez.

Doktrinde kanun koyucunun 245. maddenin kapsamını yalnızca banka ve kredi kartları ile sınırlı tutması sonucu maddenin teknolojiye gelişmelerle birlikte ortaya çıkabilecek ihtiyaçlara cevap veremeyeceği ve banka ve kredi kartı yerine “nakit olmayan ödeme aracı” gibi daha geniş kapsamlı bir kavramın kullanılmasının yerinde olacağı belirtilerek kimi yazarlarca eleştirilmektedir⁸³.

1- Korunan Hukuksal Değer

245. madde metninin gerekçesine bakıldığında; aslında hırsızlık, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma ve sahtecilik suçlarının tüm unsurlarını içermesine rağmen bu tip suçlarla ilgili Yargıtay tarafından farklı suç nitelendirmeleri yapılmasını ve içtihat farklılıklarını gidermek amacıyla kanun koyucunun bu suç tipini bağımsız bir suç olarak düzenlemeyi uygun gördüğü anlaşılmaktadır.

Gerekçesinden de anlaşıldığı üzere bu suç tipinde korunan hukuksal değer yukarıda sayılan suç tiplerinin özelliklerini de barındırdığından kişilerin malvarlığı⁸⁴ ve kişilere duyulan güvendir. Aynı zamanda banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması ve bu suretle banka ve kişilerin zarara uğratılması engellenmek istenmiştir⁸⁵.

Doktrinde bu suç tipi ile bankalar tarafından sağlanmakta olan nakdi olmayan ödeme sisteminin de korunmak istendiğine dair görüşler mevcuttur⁸⁶.

245. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen suç tipi, sahtecilik suçlarının özelliklerini de barındırdığı için burada korunan hukuksal değer aynı zamanda kamuya duyulan güven ve itibardır⁸⁷.

83 TAŞKIN, Şaban Cankat; “Karşılaştırmalı Hukukta ve Hukukumuzda Bilişim Suçları” başlıklı yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul 2008, s. 71

84 Doktrinde bu suç asıl ve öncelikli olarak kişilerin malvarlığını korumaya yönelik olduğundan suçun Bilişim Alanında Suçlar başlığı altında değil Malvarlığına Karşı Suçlar içerisinde yer alması gerektiği görüşü mevcuttur. Bkz. TAŞDEMİR, a.g.e., s. 318

85 TAŞKIN; a.g.e., s. 74

86 TAŞKIN; a.g.e., s. 74

87 TAŞKIN; a.g.e., s. 74

2- Fail ve Mağdur

Bu suçun faili özellik arz etmemekte, başkasına ait kredi veya banka kartını kişinin rızası dışında kullanarak veya kullandırarak kendisine veya başkasına yarar sağlayan, başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek sahte banka veya kredi kartı üreten, satan, devreden, satın alan veya kabul eden ve sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan bir banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlayan herhangi bir kişi fail olabilmektedir.

TCK'nun 246. maddesi tüzel kişilerle ilgili bir düzenleme getirerek bu suçun işlenmesi suretiyle yararına menfaat temin edilen tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanacağını hükme bağlamıştır⁸⁸.

5237 sayılı TCK'nun 245. maddesinin birinci fıkrasında mağdur, fiilin işlenmesi neticesinde malvarlığında azalma meydana gelen ve zarara uğrayan kişilerdir. İkinci fıkrada düzenlenen suçun mağduru ise kendisine ait bir banka hesabına dayanarak sahte kart üretilmesi, satılması, satın alınması veya kabul edilmesi halinde hesap sahibi herhangi bir kişi olabilecektir. Sahte kartın kullanıldığı hesap gerçek bir hesap ise burada mağdur hesabın gerçek sahibi olacaktır. Ancak sanal bir hesap üzerine sahte bir kart kullanılmış ise burada mağdurdan söz etmek mümkün değildir. Ancak söz konusu sanal hesabın açıldığı banka suçtan zarar gören olabilecektir.

Her üç fıkrada da düzenlenen banka veya kredi kartları ile ilgili suç tiplerinde kart sağlayıcısı veya hesabın bulunduğu banka suçun mağduru değildir, ancak suçtan zarar gören olarak katılan sıfatı ile kamu davasını takip edebilecektir⁸⁹.

Ancak mağdura ilişkin bu açıklamalardan sonra belirtilmelidir ki doktrinde bu suçun işlenmesinde bankanın sistemine müdahale edildiği, özellikle failin gerçek ya da gerçek olmayan bir hesaba ilişkin

⁸⁸ 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Bilişim Alanında Suçlar başlıklı 10. bölümünde yer alan, Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanması başlıklı 246. md. metni:

“(1) Bu bölümde yer alan suçların işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.”

⁸⁹ TAŞDEMİR, a.g.e., s. 319; TAŞKIN, a.g.e., s. 76; ESEN, Sinan; Malvarlığına Karşı Suçlar, Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar, Ankara Eylül 2007, s. 643

sahte kredi veya banka kartı oluşturarak bu suçu işlemesi halinde bankanın malvarlığında azalma meydana geleceğinden 245. maddede düzenlenmiş olan suçun mağdurunun banka olacağı, suç işlenirken kullanılan hesabın ya da kartın sahibi kişinin ise suçtan zarar gören olacağına dair görüşler mevcuttur⁹⁰.

245. maddenin birinci fıkrasında düzenlenmiş olan başkasına ait bir banka veya kredi kartını herhangi bir şekilde ele geçiren kişinin, kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmadan kartı kullanarak veya başkasına kullandırarak kendisine veya başkasına yarar sağlaması eylemi açısından da bakıldığında kartın bankadan çıktıktan sonra henüz kullanıcıya teslim edilmeden ele geçirilip kullanılması durumunda da suçun mağdurunun banka olacağı belirtilmektedir⁹¹.

245. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiş olan suç açısından da bu suç tipinde kart henüz kullanılmamış olduğundan bahisle suçun mağdurunun hesap sahibi olan kişi değil, banka veya kredi kartını çıkarma yetkisine sahip banka olacağı yönünde Yargıtay kararları mevcuttur⁹².

3- Maddi Unsur

TCK'nın 245. maddesinde düzenlenmiş olan banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunun maddi unsurunu incelerken öncelikle banka kartı, kredi kartı, kart hamili gibi kavramlara değinmek yerinde olacaktır.

5464 sayılı Banka ve Kredi Kartları Kanunu'nun Tanımlar başlıklı 3. maddesinde banka kartı “mevduat hesabı veya özel cari hesapların kullanımını dâhil bankacılık hizmetlerinden yararlanmayı sağlayan kart” olarak tanımlanmıştır. Aynı maddede kredi kartı ise “nakit kullanımı gerekme-

⁹⁰ TAŞKIN, a.g.e., s. 76; TAŞDEMİR, a.g.e., s. 319

⁹¹ TAŞKIN, a.g.e., s. 80; TEPE, a.g.m., s. 285. Ancak burada belirtilmelidir ki Yargıtay banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunun mağdurunun banka değil kartı kullanılan kart sahibi olduğu görüşündedir. Buna ilişkin olarak Y. 11.CD 01.06.2009 tarih, 2009/3792 E., 2009/6755 K. sayılı kararında mağdurun kartı kullanılan kart sahibi olduğu ve kartın ait olduğu bankanın zarar gören dahi olmadığı gerekçesiyle bankanın temyiz başvurusunu reddetmiştir. Karar için bkz. TAŞDEMİR, a.g.e., s. 194

⁹² Y. 11. CD. 20.02.2008 tarih, 2008/8458 E., 2008/915 K. sayılı kararı için bkz. TAŞDEMİR, a.g.e., s. 392

sizin mal ve hizmet alımı veya nakit çekme olanağı sağlayan basılı kartı veya fiziki varlığı olmayan kart numarası” şeklinde tanımlanmaktadır.

Banka kartı kişinin bir şifre kullanarak bankanın oluşturduğu sisteme giriş yaparak kendi hesabından para çekmesini ve hesabına ilişkin bazı işlemleri yapmasını sağlarken, kredi kartı banka ile kart hamili arasındaki sözleşme çerçevesinde kart hamilinin banka tarafından sağlanan kredi olanağından yararlanmasını sağlamaktadır⁹³.

Kart hamili banka veya kart çıkarmaya yetkili kuruluş ile arasındaki sözleşme gereğince kendisine kart verilen kişidir⁹⁴.

a- Birinci Fıkra Düzenlenen Suç Açısından

Banka ve kredi kartları ile ilgili suçları düzenleyen TCK'nın 245. maddesinin birinci fıkrası ile yaptırıma bağlanmış olan fiil başkasına ait bir banka veya kredi kartını herhangi bir şekilde ele geçiren kişinin, kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmadan kartı kullanarak veya başkasına kullandırarak kendisine veya başkasına yarar sağlamasıdır.

Başkasına ait olan banka veya kredi kartının haklı ya da haksız şekilde ele geçirilmiş olmasının önemi yoktur. Kartın hırsızlık, yağma, kaybedilen bir kartın bulunduktan sonra sahibine iade edilmemiş olması gibi sebeplerle ele geçirilmesinin yanında sahibinin rızasıyla alınmış olan bir kartın daha sonradan kart sahibinin bilgisi olmadan, rızası dışında kendisi veya başkası yararına kullanılması durumunda da suç oluşacaktır⁹⁵. Burada incelenmesi gereken husus kartın ele geçirilmesinde kart sahibinin rızası bulunup bulunmadığı değil, kartın kullanımının kart sahibinin bilgisi ve rızası dâhilinde gerçekleşip gerçekleşmediğidir.

Doktrinde 245. maddenin birinci fıkrasında “kart sahibi” ifadesinin kullanılmış olması banka ve kredi kartının mülkiyetinin bankaya ait olması nedeniyle eleştirilmekte ve bu kavram yerine “kart hamili” kavramının kullanılması gerektiği belirtilmektedir⁹⁶.

93 TAŞDEMİR, a.g.e., s. 313

94 TAŞDEMİR, a.g.e., s. 325

95 MALKOÇ, İsmail; Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu, Malkoç Kitapevi, Ankara 2007, s. 296

96 TAŞDEMİR, a.g.e., s. 328

b- İkinci Fıkroda Düzenlenen Suç Açısından

İlgili maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen fiil başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek sahte banka veya kredi kartı üretilmesi, satılması, satın alınması, devredilmesi veya kabul edilmesi fiilleridir.

Birinci fıkradan farklı olarak başkasına ait gerçek bir kart değil, başkasına ait bir hesapla bağlantılı üretilmiş sahte bir kartın varlığı halinde bu suç oluşmaktadır⁹⁷. Bu sahtecilik, kartın tamamında olabileceği gibi kart üzerinde yapılacak oynamalarla ve kısmen yapılan tahrifatlar neticesinde de yapılabilmektedir. Bundan dolayı ikinci fıkroda düzenlenen suç seçimlik hareketli bir suçtur. Fıkroda düzenlenen suçun seçimlik hareketli olmasının sonucu olarak failin hem sahte kredi kartını üreten hem de bu sahte kartı pazarlayan veya devreden olması durumunda kişi birden çok suç değil, tek bir suç işlemiş gibi cezalandırılacaktır.

İkinci fıkroda düzenlenen suç tip, korunan hukuksal değer açısından bir tehlike oluşturduğundan⁹⁸ tehlike suçu olarak düzenlenmiş, kredi ve banka kartlarının sahte olarak yapılması, satılması veya elde bulundurulması kişilerin maddi varlıklarına karşı bir zarar tehlikesi oluşturduğundan sahte olan bu kartların kullanılıp kullanılmamasına bakılmaksızın suç olarak düzenlenmiştir.

İkinci fıkradaki düzenleme sahtecilik suçlarının yorumlanması ile paralellik göstermektedir. Sahte düzenlenen bir belgeyi kişinin aynı zamanda kullanmış olması ikinci bir suçu oluşturmayacağı gibi, sahte kredi kartı düzenleyen kişinin aynı zamanda bu kartı satması veya devretmesi halinde de ikinci bir suç oluşmayacaktır.

97 Y. 11. CD 17.09.2008 tarih, 2008/12914 E., 2008/8887 K. sayılı kararında Banka ve Kredi Kartları Kanunu'nun tanımlar başlıklı 3. maddesinde yer alan kredi kartı tanımına göre kredi kartının yalnızca fiziki bir kartı değil aynı zamanda fiziki varlığı olmayan kart numarasını da kapsadığını belirterek sanıkların bir yakınlarına ait kartı fiziki olarak ele geçirmeden, yalnızca kartın numarasını kullanarak bilişim sistemi üzerinden kontör alma eylemlerinin 245. maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen sahte kredi kartı oluşturarak yarar sağlama eylemini değil, 245. maddenin birinci fıkrasında düzenlenmiş olan suçu oluşturacağını hükme bağlamıştır. TAŞDEMİR, a.g.e., s. 326

98 ARTUK, M. Emin, GÖKCEN, Ahmet, YENİDÜNYA, A. Caner; Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Ankara Ocak 2002, s. 445, ayrıca tehlike suçu-zarar suçu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem; Türk Ceza Hukukuna Giriş, 3. bası, İstanbul Ekim 2005, s. 260 vd.; ÜNVER, Yener; Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003, s. 947 vd.

Sahte kredi kartı üretimine veya var olan kart üzerinde sahtecilik yapmaya ilişkin çeşitli yöntemler bulunmaktadır. Bunlardan ilki gerçek kartın manyetik şeridinin silinerek “encoder” adı verilen manyetik şerit kodlayıcı bir cihaz ile başka kart hamillerine ait bilgilerin karta kopyalanması şeklinde gerçekleştirilen manyetik şerit sahteciliğidir⁹⁹.

Bir diğer yöntem ise kartın manyetik şeridinde bulunan bilgilerin yine encoder cihazıyla kopyalanarak başka kartların manyetik şeritlerine kopyalanması olan “skimming” yani kart kopyalama yöntemidir¹⁰⁰.

Gerçek kredi kartı numaraları bir şekilde ele geçirilerek boş plastik plakalar üzerine bu numaralar kabartma olarak basılarak işyerlerindeki cihazlarla kart bilgileri satış belgesine aktarılarak yani işyerinden kartla alışveriş yapılmış gibi gösterilerek bankadan bu paraların tahsil edilmesi suretiyle de bu suç işlenebilmektedir¹⁰¹.

c- Üçüncü Fıkrafta Düzenlenen Suç Açısından

Maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen suç tipi sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan banka veya kredi kartının, kullanan kişi veya üçüncü bir şahıs yararına kullanılması fiilidir.

Bilindiği üzere ve üçüncü fıkrafta da açıkça ifade edildiği gibi banka veya kredi kartı tamamen sahte üretilebileceği gibi, örneğin çok sık rastlanan bir durum olan kişilere ait gerçek banka veya kredi kartlarının manyetik alanlarının kopyalanarak sahte kart oluşturulmasında olduğu gibi kart üzerinde sahtecilik yapılması da mümkündür. Bu şekilde üretilen kartların kullanılması suretiyle failin kendisine veya bir başkasına yarar sağlaması suç olarak düzenlenmiştir.

Sahte kredi veya banka kartının tamamen sahte olarak oluşturulması veya mevcut bir kartta değişiklik ya da tahrifat yaparak fiziki bir varlık arz eden kartın kullanılması halinde bu suçun oluşacağı, sanal ortamda sahte olarak oluşturulan bir kartın verilerinin kullanılması suretiyle bir yarar elde edilmesi halinde ise bu suçun değil başka bir suçun oluşacağı kabul edilmektedir¹⁰². Bu şekilde sanal bir ortamda sadece bilgiler kul-

99 TAŞDEMİR, a.g.e. , s. 329

100 TAŞDEMİR, a.g.e., s. 329

101 TAŞDEMİR, a.g.e., s. 329

102 MALKOÇ, İsmail; a.g.e., s. 305

lanılarak haksız menfaat sağlanması halinde TCK'nun 158/f bendinde düzenlenen banka veya kredi kurumlarının aracı olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçunun oluşacağı kabul edilmektedir.

Doktrinde failin sahte belgelerle bankaya başvurarak elde edilen bir banka veya kredi kartını kullanarak kendisine veya başkasına yarar sağlaması durumunda burada sahte bir karttan değil banka tarafından verilmiş gerçek bir karttan söz edileceği için bu suç tipi oluşmayacağı, TCK'nın 158/1-j maddesinde düzenlenmiş olan banka veya diğer kredi kurumlarınca tahsis edilmemesi gereken bir kredinin açılmasını sağlamak maksadıyla dolandırıcılık suçu oluşacağı yönünde görüşler mevcuttur¹⁰³. Ancak Yargıtay bu görüşlerin aksine bu durumda da sahte bir karttan söz edileceği ve 245/3. maddedeki suçun oluşacağı görüşündedir¹⁰⁴.

Madde metninin tamamı incelendiğinde üçüncü fıkranın ikinci fıkra ile bir bağı olduğu görülecektir. İkinci fıkrada banka veya kredi kartının sahte olarak üretilmesi suç olarak düzenlenmiş iken üçüncü fıkrada ise bu üretilen sahte banka veya kredi kartlarının kullanılması ile yarar sağlanması fiili suç olarak kabul edilmiştir. İki fıkranın bir geçitli suç oluşturduğu ve/veya ikinci fıkradaki suçun üçüncü fıkradaki suçun unsuru olduğu konusunda görüşler mevcuttur¹⁰⁵.

4- Manevi Unsur

Suçun manevi unsuru kasttır. TCK'nın 22. maddesi gereğince bu fiilin taksirli şekli cezalandırılmaz¹⁰⁶. Birinci fıkrada düzenlenmiş olan suçun gerçekleşmesi için fail, başkasına ait olduğunu bildiği bir kartı sahibinin rızası olmaksızın kullanarak kendisine veya başkasına yarar sağlamak amacıyla hareket etmelidir.

¹⁰³ Bu yöndeki ve bu görüşe karşıt olarak sunulan görüşler için bkz. TAŞDEMİR, a.g.e., s. 345

¹⁰⁴ Y. CGK.'nın bu yöndeki 27.05.2008 tarih, 2008/11-87 E., 2008/150 K. sayılı kararının tam metni için bkz. TAŞDEMİR, a.g.e., s. 356 vd. Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin de kararlarında Ceza Genel Kurulu'nun bahse konu kararına atıf yaparak aynı yönde hüküm kurduğu görülmektedir.

¹⁰⁵ MALKOÇ, İsmail; a.g.e., s. 305

¹⁰⁶ 5237 sayılı TCK Madde 22- "(1) Taksirle işlenen filler, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır..."

İkinci fıkrada düzenlenmiş olan suçta da fail, başkasına ait bir hesaba bağlantılı olarak sahte kredi kartını bilerek üretmekte, satmakta ve devretmekte, ya da sahte olduğunu bilerek bir kartı satın almakta veya kabul etmektedir.

Üçüncü fıkrada düzenlenmiş olan suçta da sahte olduğunu bildiği banka veya kredi kartının yarar sağlama amacıyla kullanılması söz konusudur.

5- Hukuka Aykırılık Unsuru

245. maddenin birinci fıkrasında öngörülen suçun oluşabilmesi için kartın, kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası dışında kullanılması gereklidir. Dolayısıyla kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin kartın kullanımına ilişkin rızası mevcutsa artık bir suçtan söz edilemeyecektir. Buradaki rıza kartın failin elinde bulunması konusunda bir rıza olmayıp, kartın kullanımına ilişkin bir rızadır.

Suçun işlenmesi anında bulunması gereken rıza, TCK'nun 26. maddesinde belirtilen özellikleri taşıması gerekmektedir¹⁰⁷. Rızanın bir hukuka uygunluk sebebi olarak geçerli olabilmesi için kişinin mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olması gereklidir. Kart üzerinde de hamilin mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkı bulunduğundan hamilin rızasının bulunması durumunda ceza sorumluluğu kalkacaktır¹⁰⁸.

6- Suçun Özel Görünüş Biçimleri

a- Teşebbüs

245. maddenin birinci fıkrasında düzenlenmiş olan, başkasına ait bir banka veya kredi kartını haksız olarak kullanarak veya kullandırarak başkasına veya kendisine menfaat sağlama fiiliyle işlenebilecek olan suç ile üçüncü fıkrada düzenlenmiş olan sahte bir kredi veya banka kartını kullanarak kendisine veya başkasına yarar sağlamak suretiyle işlenebilen suç zarar suçudur.

107 5237 sayılı TCK Madde 26- "...(2) Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez."

108 DONAY, Süheyl; Bankacılık Ceza Hukuku, İstanbul Şubat 2007, s. 169

Suç, haksız yararın sağlanmasıyla tamamlanır¹⁰⁹. Doktrinde birinci fıkrada tanımlanan suç tipiyle ilgili henüz kart kullanılmadan ele geçirildiğinde bir zarar oluşmadığından bu suçun oluşmayacağı görüşü mevcuttur¹¹⁰. Keza fıkra incelendiğinde ne şekilde olduğuna bakılmaksızın, kartın elde bulundurulması hali suç tipi olarak tanımlanmadığından ele geçirme şeklinin başka bir suçu oluşturması hali saklı kalmak kaydıyla bu suç tipinin oluşmayacağı açıktır. Somut olayda birinci fıkra hükmündeki suçun oluşması için banka veya kredi kartının kullanılıp kullanılmadığına bakılacaktır.

Burada değerlendirilmesi gereken asıl nokta bizce, haksız yararın sağlanıp sağlanmadığıdır. Kartın ele geçirilme şekline bakılmaksızın yarar sağlamak için kullanılması halinde elde olmayan nedenlerle yarar sağlanamaması durumunda suç teşebbüs aşamasında kalacaktır. Nitekim Yargıtay vermiş olduğu bir kararda tüm icra hareketleri yapılmış olmasına rağmen yetersiz bakiyeden dolayı yarar sağlanmanın mümkün olamaması durumunda suçun teşebbüs aşamasında kaldığının gözetilerek ceza tayinin buna göre yapılması gerektiğini ifade etmiştir¹¹¹. Yine benzer nitelikteki bir kararında kredi kartını kullanan sanığın herhangi bir menfaat sağlanmadan yakalanması sebebiyle suçun teşebbüs aşamasında kaldığını ifade etmektedir¹¹².

Burada ayrıca incelenmesi gereken konu üçüncü fıkrada düzenlenen suç tipine teşebbüsün mümkün olup olmadığıdır. Sahte banka veya kredi kartı ile yapılan işlemler neticesinde herhangi bir menfaat temini söz konusu olmaması halinde bizce burada failin teşebbüsten değil, ikinci fıkradaki düzenlemeden sorumlu tutulması yerinde olacaktır¹¹³. Çünkü üçüncü fıkradaki düzenlemenin ön şartı ikinci fıkrada düzenlendiği gibi

109 MERAN, Necati; a.g.e., s. 1170

110 DONAY, Süheyl; a.g.e., s. 169

111 Y. 11. CD, 09.01.2007 tarih, 2006/5949 E, 2007/1 K sayılı kararı, naklen ARTUK, M. Emin, GÖKCEN, Ahmet, YENİDÜNYA, A. Caner; a.g.e., s. 729, 135. dn

112 Y. 11. CD, 22.11.2006 tarih, 6297 E, 9324 K sayılı kararı, naklen ARTUK, M. Emin, GÖKCEN, Ahmet, YENİDÜNYA, A. Caner; a.g.e., s. 729, 135. dn

113 Y. 11. CD. 06.05.2009 tarih, 2009/20909 E., 2009/5303 K. sayılı kararında sahte belgeler düzenleyerek bir bankadan banka kartı alan sanığın bu kartı kullanarak çıkar sağlamaması durumunda 245/3 maddesine teşebbüsün değil 245/2 maddesinde düzenlenmiş olan suçun oluşacağını karara bağlamıştır. Bkz. TAŞDEMİR, a.g.e., s. 430

sahte oluşturulan bir banka veya kredi kartının üretilmesi, satılması, devredilmesi, gibi fiiller neticesinde elde bulundurulmasıdır. Herhangi bir yarar sağlanamaması halinde sahte kredi veya banka kartının elde bulundurulması ikinci fıkrada düzenlenen suçun oluşması için yeterlidir.

İkinci fıkrada düzenlenmiş olan başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirerek sahte banka veya kredi kartı üretme, satma, satın alma, devretme, kabul etme şeklinde işlenebilen suç ise bir tehlike suçudur. Bu suçla ilgili olarak failin cezalandırılabilmesi için kendisi veya başkasına bir yarar sağlaması veya başkalarına zarar vermesi aranmamıştır. Doktrinde tehlike suçlarına teşebbüsün mümkün olmadığına dair görüşler mevcut olsa da genel kabul gören görüşe göre teşebbüs her suç için olayın özelliklerine göre değerlendirilmeli ve fail icra hareketlerine başladıktan sonra suçu elinde olmayan nedenlerle tamamlayamazsa teşebbüsün varlığı kabul edilmelidir.

b- İştirak

Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması başlıklı maddede sayılan tüm suç tipleri için TCK'da düzenlenen iştirakin¹¹⁴ her şeklinin

114 5237 sayılı TCK Md. 37 metni:

- 1- Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur.
- 2- Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır.

Md. 38 metni:

- 1- Başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır.
- 2- Üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme halinde, azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılır. Çocukların suça azmettirilmesi halinde, bu fıkra hükmüne göre cezanın artırılabilmesi için üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı aranmaz.
- 3- Azmettirenin belli olmaması halinde, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağı hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmi beş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine on beş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükümlenebilir. Diğer hallerde verilecek cezada, üçte bir oranında indirim yapılabilir.

Md. 39 metni

- 1- Suçun işlenmesine yardım eden kişiye, işlenen suçun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, on beş yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde cezanın yarısı indirilir. Ancak, bu durumda verilecek ceza sekiz yılı geçemez.
- 2- Aşağıdaki hallerde kişi işlenen suçtan dolayı yardım eden sıfatıyla sorumlu olur:

gerçekleşmesi mümkündür¹¹⁵. Fıkradaki “kullandırarak” ifadesinden, bu suçta dolayısıyla failliğin mümkün olduğu sonucuna varılabilecek olup bu tespit TCK 245/2'deki suç bakımından da geçerli sayılmalıdır¹¹⁶.

c- İçtima

Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu değişik zamanlarda aynı kişiye karşı birden fazla işlenirse zincirleme suç hükümleri çerçevesinde fail tek bir suçtan dolayı cezalandırılacaktır. Ancak faile verilecek ceza 43/1 maddesi uyarınca arttırılacaktır.

Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında kısa aralıklarla iki ayrı işyerinde başkasına ait bir kredi kartını kullanan faile iki ayrı suç oluşmuş gibi değil, tek bir suç işlenmiş kabul edilerek ancak 43. madde gereğince artırım yapılarak ceza verilmesini kabul etmiştir¹¹⁷. Başka bir kararında da değişik işyerlerinden farklı zamanlarda tek bir kredi kartıyla yapılan alışveriş neticesinde TCK 245 ve 43. madde hükümlerinin uygulanması gerektiğine hükmetmiştir¹¹⁸.

Diğer taraftan suçun konusunu oluşturan banka ya da kredi kartı birden fazla ise mağdur da birden fazla olacağından, mağdur kadar ayrı suçtan söz etmek gerekecektir. Yargıtay verdiği bir kararda “hukuka aykırı kullanılarak banka veya kredi kartı sahiplerinin zarara sokul-

-
- a) Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek.
 - b) Suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak.
 - c) Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak.

115 Yargıtay vermiş olduğu bir kararında “...olayın başlangıcından itibaren fikir ve eylem birliği içerisinde olan sanıklar,...adlarına oluşturulmuş kredi kartlarının kullanılması suretiyle haksız menfaat sırasında birbirlerinin yanında bulduklarından, birbirlerinin fiillerine iştirak ettikleri ve 5237 sayılı TCK'nun 245/3. maddesinde düzenlenen sahte kredi kartını kullanarak kendisi veya başkasına yarar sağlama suçunu işledikleri, suçun yapılan alışveriş sayısınca değil haksız olarak kullanılan kart sayısınca oluştuğu..”na hükmetmiştir. Y. 11. CD, 30.10.2006 tarih, 5208 E, 8493 K sayılı kararı, naklen, M. Emin, GÖKCEN, Ahmet, YENİDÜNYA, A. Caner; (Özel hükümler) a.g.e., s. 730, 136. dn

116 CANKAT, a.g.e., s. 93-94

117 Y. 11. CD, 5.12.2006 tarih, 7207 E, 9886 K sayılı kararı, naklen, M. Emin, GÖKCEN, Ahmet, YENİDÜNYA, A. Caner; a.g.e., s. 730

118 Y. 11. CD, 10.10.2006 tarih, 5244 E, 7962 K sayılı kararı, naklen, M. Emin, GÖKCEN, Ahmet, YENİDÜNYA, A. Caner; a.g.e., s. 731, 137. dn

masını, bu yolla çıkar sağlanmasını önlemek amacıyla 5237 sayılı TCK'nun 245. maddesinde düzenlenen banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunun, düzenleme amacı ve düzenlenme biçimi ile korunan hukuki menfaat gözetildiğinde kart sayısınca olduğu halde failere uygulanacak yaptırımında bir kez uygulama yapılarak eksik ceza tayininin yasaya aykırı olduğuna” karar vermiştir¹¹⁹. Yine benzer bir kararında bu suçun düzenleniş amacı, düzenleniş biçimi ve korunan hukuksal değer dikkate alındığında iki ayrı mağdura ait iki ayrı bankadan verilmiş kredi kartlarının alışverişte kullanılmasının iki ayrı suç oluşturacağına, mağdurlardan birinin kartının beş ayrı işyerinde kullanılmasının ise zincirleme suç teşkil ettiğine hükmetmiştir¹²⁰. Doktrinde Yargıtay'ın banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması suçuna ilişkin olarak zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasında “kart sayısını” esas alan ve kart sayısınca ayrı suç oluşturduğunu savunan görüşünü eleştirerek burada kart hamili sayısınca suç oluşacağını kabul edilmesi gerektiğini, yani bir kişiye ait farklı kartların kullanılması durumunda tek bir suçtan söz ederek zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunan görüşler mevcuttur¹²¹.

Başkasın ait bir banka veya kredi kartını bir şekilde çalarak ardından 245. maddede düzenlenen suçu oluşturacak şekilde bu banka veya kredi kartını kullanan kişinin fiili hırsızlık ve banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçlarını oluşturacaktır. Buna göre fail iki suça göre ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Yargıtay yine vermiş olduğu bir kararında gittiği bir evden çaldığı kredi kartı ile farklı işyerlerinden alışveriş yapan kişinin hem hırsızlık suçundan hem de 245. madde hükümleri çerçevesinde bu kartı kullanma suçundan cezalandırılmasına hükmetmiştir¹²².

119 Y. 11. CD, 20.09.2006 tarih, 5243 E, 7374 K sayılı kararı, naklen, M. Emin, GÖKCEN, Ahmet, YENİDÜNYA, A. Caner; a.g.e., s. 731

120 Y. 11. CD, 13.11.2008 tarih, 2008/678 E., 2008/1431 K. sayılı kararı, TAŞDEMİR, a.g.e., s. 322

121 TAŞDEMİR, a.g.e., s. 324

122 Y. 6. CD, 17.10.2006 tarih, 2004/1306 E, 2006/9962 K sayılı kararı, naklen, M. Emin, GÖKCEN, Ahmet, YENİDÜNYA, A. Caner; a.g.e., s. 731, 139. dn

7- Cezaya Etki Eden Nedenler

a- Şahsi Cezasızlık Sebebi

245. maddenin dördüncü fıkrasına göre maddenin birinci fıkrasında düzenlenen suç bakımından şahsa bağlı cezasızlık sebepleri düzenlenmiştir. İlgili maddenin ikinci ve üçüncü fıkrasında düzenlenen suçların dördüncü fıkrada belirtilen kişiler tarafından işlenmesi halinde şahsi cezasızlık söz konusu değildir. Ayrıca bu düzenleme sadece şahsa bağlı olduğundan şahsi cezasızlık nedeni ile bu fıkra hükmüne göre düzenlenen kişilerin yanında bulunan suç ortaklarının bu fıkra hükmünden yararlanması mümkün değildir.

Dördüncü fıkrada yapılan düzenlemeye göre birinci fıkrada düzenlenen suçun haklarında ayrılık kararı verilmemiş olan eşlerden birinin, üstsoy veya altsoyun veya bu derecede kayın hasımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın, aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin zararına işlenmesi durumunda faile ceza verilmeyeceği hükmüne bağlanmıştır.

Burada düzenlenen şahsi cezasızlık sebebi benzer bir hüküm olan 167. maddede¹²³ de yer alan düzenlemeye paralel olarak hukuksal olmaktan ziyade sosyal bir gerekçeye dayanmaktadır¹²⁴.

b- Etkin Pişmanlık

5237 sayılı TCK'nın 245. maddesinin 5. fıkrasına göre, dördüncü fıkradaki sınırlamaya benzer olarak sadece maddenin birinci fıkrasında düzenlenen suç tipiyle ilgili, malvarlığına ilişkin 168. maddedeki¹²⁵ etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir.

¹²³ 5237 sayılı TCK Madde 167: "(1) Yağma ve nitelikli yağma hariç, bu bölümde yer alan suçların;

a) Haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin,

b) Üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın,

c) Aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin,

Zararına olarak işlenmesi halinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolünmaz..."

¹²⁴ DONAY, Süheyl; a.g.e. , s. 170

¹²⁵ 5237 sayılı TCK Md. 168 metni "(1) Hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflâs, taksirli iflâs ve karşılıksız yararlanma suçları tamamlandıktan sonra ve fakat bu nedenle hakkında kovuşturma başlamadan önce, failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisine kadar indirilir.

Cezayı kaldıran veya azaltan şahsi sebepler suçun ancak tamamlanmasından sonra ortaya çıkmaktadır. Suç işlendiği sırada herhangi bir cezalandırmaya engel durum söz konusu değildir. Ancak, suç tamamlandıktan sonra ortaya çıkan bir takım sebeplerden dolayı fail ya hiç cezalandırılmamakta ya da cezasında indirim yapılmaktadır¹²⁶.

245. maddenin beşinci fıkrasının atıfta bulunduğu, malvarlığına karşı işlenen suçlarla ilgili etkin pişmanlığı düzenleyen 168. madde hükümleri çerçevesinde faile etkin pişmanlık halinin uygulanabilmesi için öncelikle suçun tamamlanmış olması gerekmektedir. Buna göre suçun icra hareketleri bir nedenden dolayı tamamlanmamış veya bu hareketler tamamlanmış olmasına rağmen netice meydana gelmemiş ise bu suç teşebbüs aşamasında kaldığından, teşebbüs aşamasında kalmış bir suç hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması mümkün olmayacaktır.

Fail, suçun icra hareketlerine başladıktan sonra kendi isteğiyle suçu işlemekten cayarsa veya işlediği icra hareketleri neticesinde gerçekleşmesi gereken neticenin gerçekleşmesini önlerse bu takdirde gönüllü vazgeçme hükümleri çerçevesinde değerlendirilecektir.

Etkin pişmanlığın uygulanabilmesi için bulunması gereken ikinci şart suçun tamamlanması sonrası pişmanlık neticesinde mağdura verilen zararın aynen iadesi veya tazmin edilmesidir. Kanun koyucu, geri verme veya tazmin halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için ayrıca tazmine mağdurun rıza göstermesini aramaktadır. Zarar tazmini söz konusu olduğundan zararın tamamen karşılanıp karşılanmadığına hâkim karar verecektir¹²⁷.

Etkin pişmanlığın uygulanabilmesi için bulunması gereken son şart, zararın giderilmesinin kovuşturmadan önce ya da en geç hükümden ön-

(2) Etkin pişmanlığın kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmezden önce gösterilmesi halinde, verilecek cezanın yarısına kadarı indirilir.

(3) Yağma suçundan dolayı etkin pişmanlık gösteren kişiye verilecek cezanın, birinci fıkraya giren hallerde yarısına, ikinci fıkraya giren hallerde üçte birine kadarı indirilir.

(4) Kısmen geri verme veya tazmin halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için, ayrıca mağdurun rızası aranır.

126 ÖZGENÇ, İzzet; Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler, 2. baskı, Ankara 2006, s. 264

127 ARTUK, M. Emin, GÖKCEN, Ahmet, YENİDÜNYA, A. Caner; a.g.e., s. 734

ce söz konusu olmasıdır. Hükmün verilmesinden sonra mağdurun zararının giderilmesi etkin pişmanlıktan yararlanma imkânını sağlamayacaktır.

8- Yaptırım

TCK'nın 245. Maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş olan, başkasına ait bir banka veya kredi kartını her ne suretle olursa olsun ele geçiren veya elinde bulunduran kimsenin, kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın bunu kullanarak veya kullandırarak kendisine veya başkasına yarar sağlaması eyleminin yaptırımını üç yıldan altı yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adlî para cezasıdır.

Başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek sahte banka veya kredi kartı üreten, satan, devreden, satın alan veya kabul eden kişi 245. Maddenin ikinci fıkrası uyarınca üç yıldan yedi yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır.

Maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenmiş olan, sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan bir banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlayan kişinin eyleminin yaptırımını, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adlî para cezasıdır.

IV- 5651 SAYILI İNTERNET KANUNU

A- Genel Olarak

Çalışmamızın önceki bölümlerinde incelenmiş olan, Türk Ceza Kanunu'nun 243, 244 ve 245. Maddelerinde düzenlenmiş olan suçlar gerek internet araç olarak kullanılarak gerekse internete karşı işlenebilmektir. İnceleme konumuz olan bu suçlar dışında pornografi, kaçakçılık, kumar gibi suçlar ve yazılı veya görsel basın yoluyla işlenebilen hakareti tehdit gibi pek çok suçun işlenmesinde de internet bir araç olarak kullanılabilir. İnternetin ceza hukuku alanında böylesine önemli bir aktör haline gelmesi ve Siber Suç Sözleşmesi ile devletlere internetin suç işlemede kullanılmasının önlenmesine yönelik düzenlemeler yapma

yükümlülüğü getirilmesi bu alanda yeni düzenlemeler yapma gereğini doğurmuştur.

5651 sayılı “İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun”¹²⁸, doktrinde internetin araç olarak kullanılması suretiyle işlenen suçlar açısından içerik sağlayıcılar, servis sağlayıcılar ve erişim sağlayıcılar arasında bir ayırım yapılarak bunların sorumluluklarının kanunilik, belirlilik, kıyas yasağı gibi ceza hukuku ilkeleri gereğince belirlenmesi gerektiğine yönelik görüşlere¹²⁹ de uygun olarak özellikle bu internet sùjelerinin sorumluluk alanlarının sınırlarını çizmek için getirilmiş bir düzenlemedir.

5651 sayılı Kanun’a göre içerik sağlayıcı, internet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişileri ifade etmekte olup kanunun dördüncü maddesi uyarınca internet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumludur. Kanun’un dördüncü maddesinde içerik sağlayıcının bağlantı sağladığı başkasına ait içerikten sorumlu olmadığı düzenlenmiş olmakla birlikte sunuş biçiminden, bağlantı sağladığı içeriği benimsediğinin ve kullanıcının söz konusu içeriğe ulaşmasını amaçladığına açıkça belli olması halinde içerik sağlayıcı genel hükümlere göre¹³⁰ sorumlu olacaktır¹³¹.

Hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleyen gerçek veya tüzel kişiler anlamına gelen yer sağlayıcı ise, yer sağladığı hukuka aykırı içerikten, ceza sorumluluğu ile ilgili hükümler saklı kalmak kaydıyla, 5651 sayılı yasanın 8. ve 9. maddelerine göre haberdar edilmesi halinde ve teknik olarak imkân bulunduğu ölçüde hukuka aykırı içeriği

128 5651 sayılı Kanun 04.05.2007 tarihinde kabul edilmiş, 23.05.2007 tarihli ve 26530 sayılı R.G.’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir

129 ÜNVER, a.g.m., s. 77 vd.

130 İlgili maddenin gerekçesinde içerik sağlayıcının bağlantı sağladığı içeriği benimsediğinin sunuş şeklinden anlaşılması halinde iştirak hükümleri çerçevesinde sorumlu olacağı belirtilmiştir. Bkz. YILDIZ; Ali Kemal, “2007 Tarihli Yeni Türk İnternet Kanunu ve İnternet Sùjelerinin Cezalandırılabilirliği” başlıklı makale, Alman-Türk Karşılaştırılmal Ceza Hukuku, Cilt 1, İstanbul 2010, s. 388

131 Burada içerik sağlayıcı başkası tarafından oluşturulan içeriği mal edinmekte ve sahiplenmektedir. Bu nedenle de içerik sağlayıcının eyleminin üçüncü kişinin eyleminden sorumluluk yani objektif sorumluluk olduğu söylenemez. Bkz. YILDIZ, a.g.m., s. 384

yayından kaldırmakla yükümlüdür. Fakat yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir. Doktrinde ve uluslararası hukuktaki düzenlemelerde 5651 sayılı Kanun'da kullanılan “yer sağlayıcı” kavramı yerine “servis sağlayıcı”¹³² kavramı kullanılmakta iken Kanun'un bu kavramı tercih etmesi terim birliği sağlanması açısından yerinde olmamıştır¹³³.

Kullanıcılarına internet ortamına erişim olanağı sağlayan her türlü gerçek veya tüzel kişileri ifade eden erişim sağlayıcılar, herhangi bir kullanıcısının yayınladığı hukuka aykırı içerik açısından yalnızca bu içerikten 5651 sayılı yasa hükümlerine uygun olarak haberdar edilmesi halinde ve teknik olarak engelleme imkânı bulunduğu ölçüde erişimi engellemekle sorumludur. Ancak erişim sağlayıcılara, kendileri aracılığıyla erişilen bilgilerin içeriklerinin hukuka aykırı olup olmadıklarını ve sorumluluğu gerektirip gerektirmediğini kontrol etmek yükümlülüğü yüklenmemiştir¹³⁴. Kanun koyucu erişim sağlayıcılara sağladığı hizmetlere ilişkin olarak trafik bilgilerini altı aydan az ve iki yıldan fazla olmamak üzere yönetmelikte belirlenecek süre kadar saklamak ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini sağlamak yükümlülüğü getirmiştir. Erişim sağlayıcılar faaliyetlerine son verecekleri tarihten en az üç ay önce durumu Telekomünikasyon Kurumu'na, içerik sağlayıcılara ve müşterilerine bildirmek ve trafik bilgilerine ilişkin kayıtları yönetmelikte belirtilen esas ve usullere uygun olarak Kuruma teslim etmekle de yükümlüdür.

¹³² Bkz. ÜNVER, a.g.m., s. 51 vd.; ERMAN, Barış; “Alman Hukukunda İnternette Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu” başlıklı makale, İÜHFİM, Cilt LIX, S. 1–2, İstanbul 2001, s. 203 vd., KANGAL, Zeynel T.; “Fransa’da İnternet Yoluyla İşlenen Suçlardan Doğan Ceza Sorumluluğu” başlıklı makale, İÜHFİM, Cilt LIX, S. 1–2, İstanbul 2001, s. 227 vd.

¹³³ İnternet Ceza Hukuku alanında yapılacak ulusal düzenlemeler ile Siber Suç Sözleşmesi’nde kullanılan kavramlar arasında terim birliği sağlanmasının önemi hakkında bkz. ÜNVER, a.g.m., s. 81

¹³⁴ Kanun’da yer alan, erişim sağlayıcıların sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin doktrindeki görüşlere paralel olduğu söylenebilmekle birlikte, doktrinde erişim sağlayıcılara Siber Suç Sözleşmesi’ne uygun olarak çocuk pornografisine erişim sağlamaları durumunda sorumluluk getirilebileceği görüşü de mevcuttur. Bkz. ÜNVER, a.g.m., s. 87. Almanya’da çocuk pornografisi içeren verilerin bir bilgisayarda tespit edilmesi halinde bu içerik yanlışlıkla indirilmiş olsa bile internet kullanıcıları dahi cezalandırılmakta, ancak cezalandırma konusundaki bu aşırılık Alman doktrininde eleştirilmektedir. Bu konuda detaylı bilgi ve Alman Mahkeme kararları için bkz. VALERİUS; Brian, “Almanya’da İnternet Ceza Hukuku” başlıklı makale, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Cilt 1, İstanbul 2010, s. 361 vd.

B- Erişimin Engellenmesi Kararı

5651 sayılı Kanun'un sekizinci maddesinde, 5237 sayılı TCK'da yer alan intihara yönlendirme, çocukların cinsel istismarı, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma, sağlık için tehlikeli madde temini, müstehcenlik, fuhuş ve kumar oynanması için yer ve imkân sağlama katalog suçları ile 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun'da yer alan suçlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı verilebilmesi mümkün kılınmıştır¹³⁵.

Kanun koyucu ilgili maddede erişimin engellenmesini "koruma tedbiri" olarak nitelendirmiş ve erişimin engellenmesi kararı verme yetkisini hâkime, gecikmesinde sakınca bulunan hallerle sınırlı olmak ve 24 saat içinde hâkim onayına sunulmak koşuluyla da savcıya bırakmıştır. Bu tedbire ancak somut bir suçun varlığı halinde yani kovuşturma veya soruşturma evresinde başvurulabilmektedir. Kanun koyucu yerinde olmayan bir düzenleme ile içerik veya yer sağlayıcının yurt dışında olması halinde veya bunlar yurt içinde bulunsa da işlenen suçların çocukların cinsel istismarı ve müstehcenlik suçları olması halinde erişimin engellenmesi kararını Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın vereceğini düzenlemiştir¹³⁶.

Erişimin engellenmesi kararına ilişkin ilk eleştirilmesi gereken husus bu tedbire başvurulabilmesi için aranan katalog suçlardır. Kanun koyucunun kumar, fuhuş gibi suçlara katalog suçlar arasında yer verirken terör suçları, kaçakçılıkla ilgili suçlar gibi ağır suçlara niçin yer vermediğini anlamak mümkün değildir.

Bunun yanında erişimin engellenmesi kararı bir koruma tedbiri olarak nitelendirilip internet aracılığıyla işlenen suçlarla mücadele amacıyla

¹³⁵ Doktrinde erişimin engellenmesi kararına ilişkin düzenleme bu düzenleme ile içeriği suç teşkil eden materyalin yer aldığı sitenin tamamına erişimin engellendiği ve bu nedenle de ağır bir karar olup Siber Suç Sözleşmesi'nde de vurgulanmış olan koruma tedbirlerinin ölçülülüğü ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmekte, bunun yerine öncelikle suç teşkil eden içeriğin yayınının durdurulmasının denenmesinin, bu mümkün olmazsa içeriğe erişimin engellenmesi kararı verilmesinin daha yerinde olacağı belirtilmektedir. Bkz. YILDIZ, a.g.m., s. 393-394

¹³⁶ Kanun koyucu tarafından idari bir tedbir niteliğinde erişimin engellenmesi kararı verilebilmesine imkân tanınması doktrinde de aşırı olması, denetime açık olmaması, iki başlığa neden olması ve sansür niteliği taşıması gerekçeleriyle eleştirilmektedir. Bkz. YILDIZ, a.g.m., s. 396

çıkarılan söz konusu yasada bu tedbire yer verilirken Siber Suç Sözleşmesi'nde yer alan diğer koruma tedbirlerine yasada yer verilmemesi de uygun olmamıştır. Erişimin engellenmesi tedbiri yalnızca internette yer alan ve konusu suç olan içeriğe ulaşılmasını engellemektedir. Oysaki Sözleşmede yer alan koruma tedbirleri işlenen suçu ve bu suçu işleyenleri tespit edebilmek üzere delil toplamaya yardımcı olan tedbirlerdir^{137A} ve bu yönleriyle internet aracılığıyla işlenen suçlarla mücadelede taşıdıkları önem açıktır.

Siber Suç Sözleşmesi'nin 16. Maddesinde depolanmış bilgisayar verilerinin hızlı biçimde korunması önlemi düzenlenmiş ve hizmet sağlayıcılara bilgisayar sistemi aracılığıyla depoladıkları verileri koruma yükümlülüğü getirilerek daha sonra bu verilere ihtiyaç duyulduğunda kullanılmak üzere verilerin bozulmadan, değiştirilmeden, yok edilmeden en fazla 90 gün süre ile saklanması amaçlanmıştır¹³⁸.

Siber Suç Sözleşmesi'nin öngördüğü bir diğer önlem hizmet sağlayıcıların iletişimin başlangıç noktası, varış noktası, izlediği yol, saat, tarih, boyut, iletişimin türü gibi trafik bilgilerinin saklanması ve istendiğinde yetkililere verilmesidir. Bu önleme paralel bir düzenleme 5651 sayılı Kanun'un altıncı maddesinde yer almış ve erişim sağlayıcılara sağladıkları hizmete ilişkin trafik bilgilerini altı aydan az ve iki yıldan fazla olmayacak şekilde belirlenecek bir süre boyunca saklama yükümlülüğü getirilmiştir.

Sözleşmenin 18. Maddesi ile kişileri kendi mülkiyetinde veya kontrolünde bulunan depolanmış bilgisayar verilerini açıklamaya veya hizmet sağlayıcıları verdikleri hizmete ilişkin abone bilgilerini vermeye zorlama imkânı getirilmiştir. Sözleşmenin 19. Maddesi ile somut bir ceza soruşturması için depolanmış bilgisayar verilerine erişim ve bunların kopyalanması mümkün kılınmıştır. 20. Madde ile özellikle çocuk pornografisi, yasadışı erişim ve sisteme virüs yerleştirerek sistemin işleyişini bozma suçlarının soruşturulması için büyük önem taşıyan¹³⁹ trafik veri-

¹³⁷ KESKİN, Serap; "Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi'nde Ceza Muhakemesi'ne İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi" başlıklı makale, İÜHFEM, Cilt LIX, S. 1-2, İstanbul 2001, s. 156; Siber Suç Sözleşmesi'nde düzenlenen koruma önlemleri için aynı zamanda bkz. ÜNVER, a.g.m., s. 137-138

¹³⁸ KESKİN, a.g.m., s. 161 vd.

¹³⁹ KESKİN, a.g.m., s. 173-174

lerini anında toplama önlemi düzenlenmiştir. Sözleşmenin 21. Maddesi ile ise aslında özel yaşamın dokunulmazlığı ve haberleşme özgürlüğü gibi temel haklara müdahale niteliği taşıdığı için ağır bir önlem olan ve ancak sözleşmede belirtilen orantılılık ilkesine dikkat edilerek ve yalnızca ağır suçlara uygulanmak koşuluyla başvurulabilecek olan içerik verilerinin yolunun kesilerek ele geçirilmesi önlemi yer almaktadır¹⁴⁰. Bu önlem telefon görüşmelerinin anında dinlenmesine¹⁴¹ benzer bir işlev görmekte ve internet aracılığıyla gerçekleştirilen iletişimin içeriğinin o anda görülerek içeriğin suç teşkil edip etmediğinin ve ediyorsa delillerin tespiti için kullanılmaktadır.

Kanaatimizce Siber Suç Sözleşmesi'nde yer alan bu koruma önlemlerinden 5651 sayılı Kanunda yer almayanların da kanunda yapılacak bir değişiklik ile eklenmesi gerek tarafı olduğumuz sözleşme gerektiği gibi tam bir uyum sağlanması, gerekse de internet aracılığıyla işlenen suçlarla etkin bir şekilde mücadele edilebilmesi açısından yerinde olacaktır.

Kaynakça

1. AKINCI, Füsun Sokullu; "Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinde Yer Alan Maddi Ceza Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle İnternette Çocuk Pornografisi" başlıklı makale, İÜHFİM, Cilt LIX, S. 1-2, İstanbul 2001
2. ARTUK, Mehmet Emin; GÖKCEN, Ahmet; YENİDÜNYA, Ahmet Caner; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş, Yenilenmiş 9. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2008
3. ARTUK, M. Emin, GÖKCEN, Ahmet, YENİDÜNYA, A. Caner; Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Ankara Ocak 2002
4. CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem; Türk Ceza Hukukuna Giriş, 3. bası, İstanbul Ekim 2005
5. DEĞİRMENCİ, Olgun; "Ceza Hukuku Açısından Kredi ve Banka Kartları" başlıklı makale, Legal Hukuk Dergisi, sayı 3, Mart 2003
6. DONAY, Süheyl; Bankacılık Ceza Hukuku, İstanbul Şubat 2007

¹⁴⁰ KESKİN, a.g.m., s. 176

¹⁴¹ KESKİN, a.g.m., s. 176

7. ERMAN, Barış; “Alman Hukukunda İnternette Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu” başlıklı makale, İÜHFİM, Cilt LIX, S. 1–2, İstanbul 2001
8. EROL, Haydar; Gerekçeli, Açıklamalı ve İctihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2005
9. ESEN, Sinan; Malvarlığına Karşı Suçlar, Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar, Ankara Eylül 2007
10. İÇEL, Kayıhan; “Avrupa Konseyi Siber Suç Bağlamında Avrupa Siber Suç Politikasının Ana İlkeleri” başlıklı makale, İÜHFİM, Cilt LIX, S. 1–2, İstanbul 2001
11. KANGAL, Zeynel T.; “Fransa’da İnternet Yoluyla İşlenen Suçlardan Doğan Ceza Sorumluluğu” başlıklı makale, İÜHFİM, Cilt LIX, S. 1–2, İstanbul 2001
12. KARAGÜLMEZ, Ali, Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş İkinci Bası, Ankara 2009
13. KESKİN, Serap; “Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi’nde Ceza Muhakemesi’ne İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi” başlıklı makale, İÜHFİM, Cilt LIX, S. 1–2, İstanbul 2001
14. KETİZMEN, Muammer; Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları, Ankara 2008
15. KURT, Levent; Açıklamalı-İctihatlı Tüm Yönleriyle Bilişim Suçları ve Türk Ceza Kanunu’ndaki Uygulaması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005
16. MALKOÇ, İsmail; Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu, Malkoç Kitapevi, Ankara 2007
17. MERAN, Necati; Açıklamalı-İctihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2007
18. ÖZGENÇ, İzzet; Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler, 2. baskı, Ankara 2006
19. TAŞDEMİR, Kubilay; Bilişim, Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması ve Dolandırıcılık Suçları, Ankara Temmuz 2009
20. TAŞKIN, Şaban Cankat; “Karşılaştırmalı Hukukta ve Hukukumuzda Bilişim Suçları” başlıklı yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul 2008
21. TEPE, İlker; Modern Ceza Hukuku Anlayışında İnternet Suçluluğu ve Türk Ceza Hukukundaki Yansımaları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006
22. TEPE, İlker; “İnternet(Bilişim) Ceza Hukuku Örneğinde Türk Ceza Hukuku’ndaki Yeni Gelişmeler” başlıklı makale, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Cilt 1, İstanbul 2010

23. ÜNVER, Yener; Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003
24. ÜNVER, Yener; “Türk Ceza Kanunu’nun ve Ceza Kanunu Tasarısının İnternet Açısından Değerlendirilmesi başlıklı makale, İÜHFİM, Cilt LIX, S. 1–2, İstanbul 2001
25. VALERİUS; Brian, “Almanya’da İnternet Ceza Hukuku” başlıklı makale, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Cilt 1, İstanbul 2010
26. YAZICIOĞLU, Yılmaz; Bilgisayar Suçları, İstanbul 1997
27. YILDIZ; Ali Kemal, “2007 Tarihli Yeni Türk İnternet Kanunu ve İnternet Søjelerinin Cezalandırılabilirliği” başlıklı makale, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Cilt 1, İstanbul 2010
28. www.bilisimsuclari.com
29. www.ceza-bb.adalet.gov.tr
30. <http://legalbank.net>

“Bilişim Sistemlerinin Kullanılması Suretiyle Haksız Çıkar Sağlama” Suçu İle İlgili Bir Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararının İncelenmesi

Av. Serdar Mermut* / Av. Osman Berk Alpaslan**

KARAR

YARGITAY CEZA GENEL KURULU

Esas No : Karar No : İtirazname

1 2009/11-193 2009/268 2006/19669

YARGITAY KARARI

Kararı veren

Yargıtay Dairesi : 11. Ceza Dairesi

Mahkemesi : BAKIRKOY 2. Ağır Ceza

Günü : 27.10.2005

Sayı : 2 18-204

Davacı : K.H

Katılan : A. T. İnş. Taah. Tic. San. Ltd. Şti.

Sanık : V.E.

Temyiz Eden : Katılan vekili

Sanığın 765 sayılı TCY'nın 525/b-2 ve 59. maddeleri uyarınca 1 yıl 8 ay hapis ve 407 YTL. ağır para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin, Bakırköy 2. Ağır Ceza Mahkemesince verilen 27.10.2005 gün ve 218-204 sayılı hükmün, katılan vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 11. Ceza Dairesince, 02.07.2009 gün ve 8060-8597 sayı ile;

“1- Sanığın, katılan A. T. İnşaat Taah. San.Tic.Ltd.Şti'nin Ş.Bankası Ankara Küçükkesat Şubesindeki hesabının internet şifresini kırarak bu hesaptan kendi adına açtığı hesaba havale yaparak haksız

* Avukat, İstanbul Barosu.

** Avukat, İstanbul Barosu. Marmara Üniversitesi Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi.

menfaat sağlamaktan ibaret eylemlerinin, suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı Yasanın 525/b-2. maddesinde öngörülen bilişim ve karar tarihinde yürürlükte bulunan 5237 sayılı Yasanın 244/4. maddesinde düzenlenen suçları oluşturacağı cihetle 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 9/3. maddesi uyarınca buna göre uygulamalı karşılaştırma yapılması gerektiği gözetilmeden, 765 sayılı Yasanın 525/b-2. maddesi ile eylemin karar tarihinde yürürlükte bulunan 5237 sayılı Yasanın 158/1-f maddesine uyduğunu kabulle her ikisinin hükümlerinin karşılaştırılarak yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması,

- 2- Kabule göre; suç tarihinden sonra yürürlüğe giren 5252 sayılı Yasa hükümlerinin lehe olması nedeniyle 01.01.2005-31.05.2005 tarihleri arasında işlenen suçlar yönünden temel adli para cezasının 450. 00 YTL olarak uygulanması gerektiği gözetilmemesi,
- 3- Hükümden önce yürürlüğe giren 5252 sayılı Yasanın 5/1. maddesi gereğince 'ağır para cezasının' 'adli para cezasına' dönüştürülmesi gerektiğinin gözetilmemesi" isabetsizliklerinden oy çokluğuyla bozulmasına karar verilmiş,

Daire Üyeleri Sedat Bakıcı ve Saniye Tarhan; "İncelenen dosyada, sayın çoğunlukla aramızdaki görüş farklılığı, 23.03.2005 günü işlenen ve suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK.nun 525/b-2. maddesine uygun bulunan eylemin, suç tarihinden sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda uygun bulunduğu suç ve yasa maddesinin belirlenmesine ilişkindir.

Bilişim suçları, öğretide ve uygulamada öncelikle;

- a) Doğrudan bilişim suçu (gerçek bilişim suçları)
- b) Dolayısıyla bilişim suçu (bilişim bağlantılı suçlar) biçiminde tasnife tabi tutulmuştur. Türk Ceza Kanununda da bu sistem kabul edilmiştir.

Şöyle ki:

Bilişim sisteminden amaç, verilen toplayıp yerleştirdikten sonra bunları otomatik işleme tabi tutma olanağını veren manyetik sistemlerdir.

Bilişim alanı ise, bilgileri depo ettikten sonra bunları otomatik olarak işleme tabi tutan sistemlerden oluşan alanlardır. Ceza Yasasının 2. Kitap, 3.Kısım, 10. Bölümünde 'Bilişim Alanında Suçlar' başlığında 243. maddede 'Bilişim Sistemine Girme', 244.maddede 'Sistemi Engelleme, Bozma, Verilen Yok Etme veya Değiştirme' 245. maddede 'Banka veya Kredi Kartlarının Kötiye Kullanılması' düzenlenmiştir.

Dolayısıyla bilişim suçları ise, klasik suçların bilişim sistemlerinden yararlanılarak işlenmesi olup bu suçların nitelikli şekli olarak o suçla ilgili bölümlerde yer almaktadır. TCK.nun 112, 113, 125, 132, 133, 134, 135, 136, 138, 142/2-e, 158/1-f, 213-218, 226, 228 vs maddelerinde yazılı suçların bilişim sistemleri kullanılarak işlenmesi mümkündür. Bu suçlardan davayı ilgilendiren ve sanığın eylemine uygun bulunan suç, TCK.nun 142/2-e maddesinde öngörülen 'bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle hırsızlık' suçu olup bu suç üzerinde durulacaktır.

TCK.nun 244.maddesinin bir ve ikinci fıkralarında klasik mala zarar verme suçunun özel bir şekli düzenlenmiş 3. fıkrada nitelikli haline, 4. fıkrada ise haksız çıkar sağlanmasına yer verilmiştir. Bilişim sistemlerinin veya verilerin zarar görmesi halinde, kişinin malvarlığında bir azalma meydana geleceği gibi toplumun, bilişim sistemlerinin işleyişine olan güvenleri ve ekonomik düzenin sağlıklı işleyişi etkilendiği, bilişim sistemlerinin zarar görmeden işler durumda bulunmasında toplumsal yarar olduğu için yasanın 'topluma karşı işlenen suçlar' kısmına alınmıştır. Maddede yazılı suçun oluşması için, bir bilişim sisteminin işleyişine yönelik engelleyici ve zarar verici filler bulunmalıdır. Diğer bir anlatımla bilişim sistemine yapılan müdahalelerle sistemin; veri işleme fonksiyonunu yerine getirmesi engellenmeli, fonksiyonunu tamamen veya kısmen kaybetmeli veya verilere zarar verilmelidir.

Maddenin 4. fıkrasında kabul edilen bilişim sistemi aracılığıyla haksız yarar sağlama suçu, bileşik suç olup 1 ve 2. fıkrada yazılı suçların işlenerek bir çıkar sağlanması halinde gerçekleşecektir. Yani failin, bilişim sisteminin işleyişini engellemesi, bozması verilen yok etmesi, değiştirmesi, bozması, erişilmez kılınması, sisteme veri yerleştirip veya mevcut verilen başka yere göndermesi sonucu kendisine ya da bir başkasına haksız çıkar sağlanması hallerinde bu suç oluşacaktır.

Ayrıcı maddede 'başka bir suçu oluşturmaması halinde' denilerek 'tali norm' niteliğinde bir düzenleme yapılmıştır. Yani bilişim sistemleri aracılığıyla bir çıkar sağlandığında öncelikle bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle hırsızlık, bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık, zimmet gibi asli (birinci derecede) olan önce uygulanması gereken bir başka suçun oluşup oluşmadığı tartışılmalı eylem başka bir suçu oluşturmamışsa o zaman TCK.nun 244/4. maddesi irdelenmelidir.

Temyiz davasına konu olan olayda sanık, bilişim sistemine zarar verme veya verilen yok etme, bozma, erişilmez kılma amacıyla hareket etmemektedir. Hedefi bilişim sistemi olmayıp, amacı bilişim sistemini kullanarak şikayetçinin bankadaki parasını çalmak, ele geçirmektir. Tamamıyla malvarlığına yöneliktir. Bu amaçla yani şikayetçinin parasına ulaşmak için bankanın sistemine girmiş, banka sistemi ve verilere yönelik bir eylemde bulunmamış, hesaptaki parayı kendi hesabına havale etmiştir. Hırsızlık suçu bilişim sisteminden yararlanılarak işlenmiş olup dolaylı bilişim suçu mevcuttur ve sanığın eylemi tali norm niteliğinde bulunan 244/4. maddesindeki suça uygun olmayıp daha ağır cezayı gerektiren 142/2-e maddesindeki suça uygun bulunmaktadır. Yüksek Yargıtay 6.Ceza Dairesinin görüşü de bu doğrultudadır.

Öte yandan, eylemin 765 sayılı Ceza Yasası döneminde 525/b-2 maddesine uygun bulunması, yeni yasada bu suçun karşılığı olan 244/4. maddenin uygulanmasını gerektirmemektedir. Çünkü 765 sayılı Yasada 525/b maddesi asli norm olarak düzenlenmiştir ve 765 sayılı Yasada 'bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle hırsızlık' suçuna yer verilmemiştir. Hırsızlık bölümünde düzenleme bulunmadığı için 525/b maddesinin uygulanması zorunlu olup yasaya uygundur. Nitekim 5237 sayılı Yasada bazı suçlar, 765 sayılı Ceza Yasasından farklı düzenlenmiştir. Bina dahilinde hırsızlık suçu, bileşik suç olmaktan çıkarılmış, iki ayrı suçun oluşacağı kabul edilmiştir. Kendiliğinden hak alma, kavga, kavgada silah gösterme, ticarete hile karıştırma, karşılıksız yararlanma suçları da 765 sayılı Türk Ceza Kanununda olduğu gibi düzenlenmemiştir. Bu itibarla sanığın eylemi 765 sayılı TCK.nun 525/b-2. maddesine uygun bulunsu bile, bu suçun karşılığı olan 5237 sayılı Yasanın 244/4. maddesinin düzenleniş biçimi, sistem ve verilere zarar verme amacı olmayıp

paranın alınarak suçun mal varlığına karşı işlenmesi ve 525/b maddesinde olmayıp fıkra da yer alan 'başka bir suçu oluşturması' unsurunun gerçekleşmemesi nedeniyle 5237 sayılı TCK.nun 244/4. maddesiyle hüküm kurulması mümkün değildir. Sanığın eylemi TCK.nun 142/2-e maddesinde yazılı bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle hırsızlık suçunu oluşturduğu ve karşılaştırmanın bu maddeyle yapılması gerektiğinden çoğunluk görüşüne katılmıyoruz" gerekçeleriyle karşı oy kullanmışlardır.

Yargıtay C.Başsavcılığınca ise 06.08.2009 gün ve 19669 sayı ile;

"Bilişim suçları, öğretide ve uygulamada öncelikle;

a) Doğrudan bilişim suçu (gerçek bilişim suçları)

b) Dolayısıyla bilişim suçu (bilişim bağlantılı suçlar) biçiminde tasnife tabi tutulmuştur. Türk Ceza Kanununda da bu sistem kabul edilmiştir. Şöyle ki:

Bilişim sistemi verileri toplayıp yerleştirdikten sonra bunları otomatik işleme tabi tutma olanağını veren manyetik sistemlerdir. Bilişim alanı ise, bilgileri depo ettikten sonra bunları otomatik olarak işleme tabi tutan sistemlerden oluşan alanlardır. Ceza Yasasının 2. Kitap, 3.Kısım, 10. Bölümünde 'Bilişim Alanında Suçlar' başlığında 243. maddede 'Bilişim Sistemine Girme', 244. maddede 'Sistemi Engelleme, Bozma, Verilen Yok Etme veya Değiştirme' 245. maddede 'Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması' düzenlenmiştir.

Dolayısıyla bilişim suçları, klasik suçların bilişim sistemlerinden yararlanılarak işlenmesi olup bu suçların nitelikli şekli olarak o suçla ilgili bölümlerde yer almaktadır.

TCK.nun 112, 113, 125, 132, 133, 134, 135, 136, 138, 142/2-e, 15811-f, 213-218, 226, 228 vs maddelerinde yazılı suçların bilişim sistemleri kullanılarak işlenmesi mümkündür. Bu suçlardan davayı ilgilendiren ve sanığın eylemine uygun bulunan suç, TCK'nun 142/2-e maddesinde öngörülen 'bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle hırsızlık' suçu olup bu suç üzerinde durulacaktır.

TCK.nun 244.maddesinin bir ve ikinci fıkralarında klasik mala zarar verme suçunun özel bir şekli düzenlenmiş 3. fıkra da nitelikli haline, 4.

fıkra da ise haksız çıkar sağlanmasına yer verilmiştir. Bilişim sistemlerinin veya verilerin zarar görmesi halinde, kişinin malvarlığında bir azalma meydana geleceği gibi toplumun, bilişim sistemlerinin işleyişine olan güvenleri ve ekonomik düzenin sağlıklı işleyişi etkilendiği, bilişim sistemlerinin zarar görmeden işler durumda bulunmasında toplumsal yarar olduğu için yasanın 'topluma karşı işlenen suçlar' kısmına alınmıştır. Maddede yazılı suçun oluşması için, bir bilişim sisteminin işleyişine yönelik engelleyici ve zarar verici fiiller bulunmalıdır. Diğer bir anlatımla bilişim sistemine yapılan müdahalelerle sistemin; veri işleme fonksiyonunu yerine getirmesi engellenmeli, fonksiyonunu tamamen veya kısmen kaybetmeli veya verilere zarar verilmelidir.

Maddenin 4. fıkrasında kabul edilen bilişim sistemi aracılığıyla haksız yarar sağlama suçu, bileşik suç olup 1 ve 2. fıkra da yazılı suçların işlenerek bir çıkar sağlanması halinde gerçekleşecektir. Yani failin, bilişim sisteminin işleyişini engellemesi, bozması, verileri yok etmesi, değiştirmesi, bozması, erişilmez kılması, sisteme veri yerleştirip veya mevcut verileri başka yere göndermesi sonucu kendisine ya da bir başkasına haksız çıkar sağlanması hallerinde bu suç oluşacaktır.

Ayrıca maddede 'başka bir suçu oluşturmaması halinde' denilerek 'tali norm' niteliğinde bir düzenleme yapılmıştır. Yani bilişim sistemleri aracılığıyla bir çıkar sağlandığında öncelikle bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle hırsızlık, bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık, zimmet gibi asli (Birinci derecede) olan önce uygulanması gereken bir başka suçun oluşup oluşmadığı tartışılmalı eylem başka bir suçu oluşturmamışsa o zaman TCK.nun 244/4. maddesi irdelenmelidir.

Temyiz davasına konu olan olayda sanık, bilişim sistemine zarar verme veya verileri yok etme, bozma, erişilmez kılma amacıyla hareket etmemektedir. Hedefi bilişim sistemi olmayıp, amacı bilişim sistemini kullanarak şikayetçinin bankadaki parasını çalmak, ele geçirmektir. Tamamıyla malvarlığına yöneliktir. Bu amaçla yani şikayetçinin parasına ulaşmak için bankanın sistemine girmiş, banka sistemi ve verilere yönelik bir eylemde bulunmamış, hesaptaki parayı kendi hesabına havale etmiştir. Hırsızlık suçu bilişim sisteminden yararlanılarak işlenmiş olup dolaylı bilişim suçu mevcuttur ve sanığın eylemi tali norm niteliğinde

bulunan 244/4. maddesindeki suça uygun olmayıp daha ağır cezayı gerektiren 142/2-e maddesindeki suça uygun bulunmaktadır. Yüksek Yargıtay 6. Ceza Dairesinin görüşü de bu doğrultudadır.

Öte yandan, eylemin 765 sayılı Ceza Yasası döneminde 525/b-2 maddesine uygun bulunması yeni yasada bu suçun karşılığı olan 244/4. maddenin uygulanmasını gerektirmemektedir. Çünkü 765 sayılı Yasada 525/b maddesi asli norm olarak düzenlenmiştir ve 765 sayılı Yasada 'bilgi sistemlerinin kullanılması suretiyle hırsızlık' suçuna yer verilmiştir. Hırsızlık bölümünde düzenleme bulunmadığı için 525/b maddesinin uygulanması zorunlu olup yasaya uygundur. Nitekim 5237 sayılı Yasada bazı suçlar, 765 sayılı Ceza Yasasından farklı düzenlenmiştir. Bina dahilinde hırsızlık suçu, bileşik suç olmaktan çıkarılmış, iki ayrı suçun oluşacağı kabul edilmiştir. Kendiliğinden hak alma, kavga, kavgada silah gösterme, ticarete hile karıştırma, karşılıksız yararlanma suçları da 765 sayılı Türk Ceza Kanununda olduğu gibi düzenlenmemiştir. Bu itibarla sanığın eylemi 765 sayılı TCK'nun 525/b-2. maddesine uygun bulunsa bile, bu suçun karşılığı olan 5237 sayılı Yasanın 244/4. maddesinin düzenleniş biçimi, sistem ve verilere zarar verme amacı olmayıp paranın alınarak suçun mal varlığına karşı işlenmesi ve 525/b maddesinde olmayıp fıkra da yer alan 'başka bir suçu oluşturması' unsurunun gerçekleşmemesi nedeniyle 5237 sayılı TCK'nun 244/4. maddesiyle hüküm kurulması mümkün değildir. Sanığın eylemi TCK'nun 142/2-e maddesinde yazılı bilgi sistemlerinin kullanılması suretiyle hırsızlık suçunu oluşturduğu ve karşılaştırmanın bu maddeyle yapılması gerektiğinden, hükmün yasaya aykırı olduğu" görüşleriyle itiraz yasa yoluna başvurularak, Özel Dairenin bozma kararının kaldırılmasına karar verilmesi talep olunmuştur.

Dosya, Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilmekle, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

CEZA GENEL KURULU KARARI

Sanık V.E ile firari S.T'ün birlikte hareket ederek, daha önceden haksız bir şekilde ele geçirdikleri katılan firmanın internet bankacılık şifresini kullanmak suretiyle, katılanın Ş.Bankası Ankara Küçükesat Şubesindeki hesabından 10.750 YTL'yi internet kanalı ile aynı bankanın İstanbul Zeytinburnu Şubesinde sanık Volkan adına açtırdıkları hesaba havale ettikleri ve aynı gün banka şubesinden çektikleri olayda,

Sanığın eyleminin, 765 sayılı TCY'nın ikinci kitap, onbirinci babta düzenlenen bilişim alanında suçlar bölümünün 525/b-2 maddesinde düzenlenen suçu oluşturduğu yönünde herhangi bir uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunca çözümü gereken uyuşmazlık, sanığın 765 sayılı TCY'nın 525/b-2 maddesine uyan eyleminin, suç tarihinden sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı TCY'nın 244/4 maddesine mi, yoksa 142/2-e maddesine mi, uyan suçu oluşturduğuna ilişkindir.

5237 sayılı TCY'nın kişilere karşı suçların düzenlendiği, ikinci kitap, ikinci kısım, onuncu bölümünde yer alan malvarlığına karşı suçlar bölümünde bulunan hırsızlık suçunun temel şekli 5237 sayılı TCY'nın 141. maddesinde; zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden almak şeklinde düzenlenmiş, aynı Yasanın 142. maddenin 2. fıkrasının (e) bendinde de; suçun, bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenmesi nitelikli hal olarak yaptırıma bağlanmıştır.

“Bilişim alanında suçlar” ise topluma karşı suçların düzenlendiği ikinci kitap, üçüncü kısım, onuncu bölümde düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCY'nın;

243. maddesinde bilişim sistemlerine izinsiz girilmesi,

244. maddesinde de sistemi engelleme, bozma, verilen yok etme veya değiştirme,

244. maddenin birinci fıkrasında, bir bilişim sisteminin işleyişini engelleme, bozma,

244. maddenin ikinci fıkrasında, bilişim sistemindeki verileri bozma, yok etme, değiştirme veya erişilmez kılma, sisteme veri yerleştirme, var olan verileri başka yere gönderme,

Fiilleri suç olarak düzenlenirken,

244. maddenin dördüncü fıkrasında, bu fiillerin gerçekleştirilmesi suretiyle kişinin haksız çıkar sağlanması eyleminin, başka bir suçu oluşturmaması halinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasını gerektiren bir suç olarak cezalandırılacağı yaptırımı bağlanmıştır.

Ayrıca;

244. maddesinin üçüncü fıkrasında, birinci ve ikinci fıkralarda belirtilen eylemlerin bir banka veya kredi kurumuna ya da bir kamu kurum veya kuruluşuna ait bilişim sistemi üzerinde gerçekleştirilmesi halinde, verilecek cezanın yarı oranında artırılacağına,

245. maddesinde “banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması eylemlerine”,

246. maddesinde ise bilişim suçları nedeniyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunmasına,

İlişkin hususlar düzenlenmiştir.

Uyuşmazlığın sağlıklı bir şekilde çözümlenmesi için öncelikle “bilişim sistemi” ve “veri” kavramları üzerinde durmak gerekmektedir.

5237 sayılı TCY'nın 142. maddesinin gerekçesinde, bilişim sisteminin tanımı yapılmayarak, hırsızlık suçunun bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenmesinin, daha ağır ceza ile cezalandırmayı gerektiren nitelikli bir unsur olduğunun belirtilmesi ile yetinilirken; bilişim sistemi 243. madde gerekçesinde “verilen toplayıp yerleştirdikten sonra bunları otomatik işlemlere tabi tutma olanağı veren manyetik sistemlerdir” şeklinde tanımlanmıştır. Aynı gerekçede, sistem içindeki bütün soyut unsurların veri terimi kapsamında olduğu da dile getirilmiştir.

Veri, Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinin 1. maddesinde “bir bilgisayar sisteminin belli bir işlevi yerine getirmesini sağlayan yazılım-

lar da dahil olmak üzere, bir bilgisayar sisteminde işlenmeye uygun nitelikteki her türlü bilgiyi ifade eder”, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun tanımlar başlıklı 2. maddesinde ise “bilgisayar tarafından üzerinde işlem yapılabilen her türlü değeri” ifade eder şeklinde tanımlanmıştır.

Bilişim alanında suçlar bölümünde yer alan 243 ve 244. maddeler ile bilişim sistemi ve sistemin işleyişine yönelik saldırıların önlenmesi amaçlanmış olup, sistemin soyut unsurlarına karşı işlenen zarar verici filler yaptırım altına alınmıştır.

244. maddenin 4. fıkrasında yer alan; “Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan fillerin işlenmesi suretiyle kişinin kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlamanın başka bir suç oluşturmaması halinde...” biçimdeki ifadeden bu fıkradaki düzenlemenin tali norm niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre, bilişim sistemleri aracılığıyla haksız çıkar sağlanmış olması halinde öncelikle Yasada düzenlenmiş olan bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların oluşup oluşmadığı değerlendirilmeli, şayet gerçekleştirilen eylem bu suçlardan hiçbirisinin tanımına uygun değilse, o zaman 244. maddenin 4. fıkrası hükmü uyarınca uygulama yapılmalıdır.

Uyuşmazlık konusu, Yargıtay Ceza Daireleri arasında farklı yorumlanmış olup Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 22.01.2008 gün ve 8423-117, 28.02.2008 gün ve 22-1141, 28.02.2008 gün ve 23-1160, 26.09.2007 gün ve 5875-7637 sayılı kararlarında, eylemin 5237 sayılı TCY’nın 244/4. maddesinde düzenlenen suçu oluşturduğu kabul edilmiş iken,

Yargıtay 6. Ceza Dairesinin 02.06.2008 gün ve 555-12249 sayılı kararında ise benzer eylemin, 5237 sayılı TCY’nın 142/2-e maddesinde düzenlenen nitelikli hırsızlık suçunu meydana getirdiği kabul edilmiştir.

Bu konu öğretilerde de tartışmalı olup, bir kısım yazarlar bilişim sistemiyle hukuka aykırı yarar sağlama eylemlerinin, genellikle bilişim suçları veya dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirilebileceği, gelişen teknolojiyle birlikte değişen suç türleri nedeniyle bilişim hırsızlığı suçuna yer verilmesinin gerekli bulunduğu, ancak bu suçun bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenerek, hangi eylemleri kapsayacağına açıkça belir-

lenmesi gerektiğini, bilişim sistemini kullanmak suretiyle hırsızlık suçunu düzenleyen hükmün uygulanmasının bir iki örnek dışında imkansız olduğunu ileri sürmüştü (Yılmaz Yazıcıoğlu, Bilişim Suçları, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 2, s.143,144; Murat Volkan Dülger, Bilişim Suçları, Ankara 2004, s.290), bir kısım yazarlar ise başkasının banka hesabına internet üzerinden girerek bu hesaptan failin kendisi veya başkasının hesabına para aktarması şeklinde gerçekleşen olaylarda da bilişim sistemlerini kullanarak hırsızlık veya dolandırıcılık suçlarının unsurları itibarıyla gerçekleşip gerçekleşmediği tartışılmalıdır şeklinde görüş bildirmektedirler.(Doç.Dr. Mahmut Koca, Kadir Has Un. Hukuk Fak, Bilişim Hukuku Konferansı, Ekim 2008 Yargıtay)

Bu bilgiler ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Sanık Volkan'ın; firari Saim ile birlikte hareket ederek, daha önceden haksız bir şekilde ele geçirdikleri katılan firmanın internet bankacılık şifresini kullanmak suretiyle, katılanın bankanın Ankara Küçükcesat Şubesindeki hesabından 10.750 YTL'yi Ş.Bankası-Istanbul Zeytinburnu Şubesinde sanık Volkan adına açtırdıkları hesaba havale edip, aynı gün banka şubesinden çekmek şeklinde gerçekleştirdiği eylemdeki kastı, katılan firmanın banka hesabında bulunan, taşınır nitelikteki parayı bilişim sistemini kullanmak suretiyle kendi banka hesaplarına geçirmeye, katılanın rızasına aykırı olarak malvarlığında azalmaya neden olmaya; başka bir anlatımla varolan veriyi başka bir yere göndermekten ziyade, bu yerinin temsil ettiği parayı alarak mal edinmeye yöneliktir. Kaldı ki sanığın katılanın internet bankacılık hesabında bulunan parasına ulaşmak için bilişim sistemlerini araç olarak kullanmaktan başka alternatif de yoktur. Dolayısıyla olayımızda, 5237 sayılı TCY'nın 142/2-e maddesinde düzenlenmiş bulunan "bilişim sistemi kullanılmak suretiyle hırsızlık" suçunun gerçekleştiği kabul edilmelidir. Şu halde, sanığın eyleminin 5237 sayılı TCY'nın 142/2-e maddesindeki nitelikli hırsızlık suçunu oluşturduğunun kabul edilmesi karşısında; 244. maddenin 4. fıkrası uyarınca uygulama yapma olanağı da bulunmamaktadır.

Öte yandan 5252 sayılı Yasanın 9/3. maddesi uyarınca sanık yararına olan hükmün, önceki ve sonraki yasaların ilgili bütün hükümlerinin somut olaya uygulanarak ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle bulunacağına gözetilmemesi, 765 sayılı Yasa ile

yapılan uygulama açıkça sanık yararına olduğundan, sonuca etkili görülmemiştir.

Ayrıca, Yargıtay C.Başsavcılığı itirazında yer almamış olmakla birlikte, hükmün her yönüyle incelenmesi zorunluluğu bulunduğundan, ayrıntıları Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 21.1 1.2006 gün ve 8/245-246 sayılı kararında vurgulandığı üzere; 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Yasa'nın 4. maddesi ile, nisbi ve tazminat kabilinden para cezaları hariç olmak üzere, Özel Yasalar ile tüzüklerdeki para cezaları yüzkırkikibinsekiziyüzaltmış kat ile iki kat arasında değişen miktarlarda arttırılmış, 5. maddesinin 1. fıkrasıyla, yasalarda öngörülen ağır para cezaları adli para cezasına dönüştürülmüş, 2. fıkrasında ise, nisbi nitelikteki adli para cezaları hariç olmak üzere, adli para cezalarında, cezanın alt sınırının dörtyüzellimilyon, üst sınırının ise yüzmilyar Türk lirası olarak uygulanacağı belirtilmiş, bu şekilde Özel Yasalarda düzenlenmiş bulunup adli para cezasını gerektiren suçlarda 1 Haziran 2005 tarihinden itibaren para cezasının alt sınırı dörtyüzellimilyon liraya üst sınırı ise yüzmilyar liraya çıkartılmıştır.

Para cezalarının hesaplanmasında ve ödenmesinde 1 Yeni Türk Lirasının altında kalan tutarların dikkate alınamayacağı yönündeki 5083 sayılı Yasanın 2 ve 765 sayılı TCY'nın 2/2. maddesi hükmü karşısında, mevcut yasa değişikliğinin sanık lehine olması nedeniyle, 1 Haziran 2005 tarihinden önce işlenen suçlarda da Özel Yasalardaki para cezası miktarının yeniden hesaplanıp belirlenmesi zorunlu hale gelmiştir. Bu yeni ilke doğrultusunda yapılan hesaplama sonucu adli para cezasının alt ve üst sınırları;

01.01.2005-31.05.2005 489.- 123.877. YTL.

01.06.2005 tarihinden itibaren 450.- 100.000. YTL.

Şeklinde belirlenmiş ancak, 01.01.2005-31.5.2005 tarihinde işlenen suçlar açısından, sonradan yürürlüğe giren 5252 sayılı Yasa hükümlerinin lehe olması nedeniyle 01.01.2005-31.05.2005 tarihleri arasında işlenen suçlar açısından da para cezasının

450-100.000 YTL. olarak uygulanması zorunlu hale gelmiştir.

Diğer yönden, 5252 sayılı. Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 5. maddesinde yer alan "...kanunlarda öngörülen 'ağır para' cezaları, 'adli para' cezasına dönüştürülmüştür" şeklindeki emredici hükme aykırı olarak sanık hakkında hükmedilen "ağır para" cezasının, "adli para" cezasına dönüştürülmesine karar verilmemiş olması da hukuka aykırıdır.

Bu nedenlerle somut olayda, sanığın 23.03.2005 tarihinde işlediği bilgileri otomatik işleme tabi tutulmuş bir sistemi kullanarak hukuka aykırı yarar sağlamak suçundan, 765 sayılı TCY'nın 525/b-2. maddesi uyarınca 2 yıl hapis ve 450 YTL. adli para cezası ile, anılan Yasanın 59/2. maddesi uyarınca cezasından 1/6 oranında indirim yapılarak 1 yıl 8 ay hapis ve 375 YTL. adli para cezasıyla cezalandırılmasına karar verilmesi gerekirken, adli para cezasının, 489 TL ağır para cezası olarak saptanıp, müteakip indirimlerin bu miktar üzerinden yapılması suretiyle fazla para cezasına hükmedilmesi isabetsizdir.

Bu itibarla haklı nedene dayanan Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının, Ceza Genel Kurulunca saptanan diğer nedenler de nazara alınarak kabulü ile Özel Daire bozma kararının kaldırılmasına, yerel mahkeme hükmünün bu nedenlerle bozulmasına, ancak yeniden yargılama gerektirmeyen bu hususta 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 1412 sayılı CYUY'nın 322. maddesi uyarınca Ceza Genel Kurulunca da karar verilmesi olanaklı bulunduğundan, eleştiri dışında sair yönleri isabetli bulunan hükmün düzeltilerek onanmasına karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan Kurul Üyesi Kubilay Taşdemir. "Gelişen teknoloji nedeniyle bilgisayarın yaşamın her bölümünde yaygın biçimde kullanılması, bir taraftan işlemleri çabuklaştırmış, bir taraftan da önceden akla gelmesi dahi olanaklı olmayan yepyeni suç türlerini gündeme getirmiştir. Bu gelişmeler karşısında yasa koyucu Türkiye'nin üyesi olduğu çeşitli uluslararası kuruluşların tavsiye kararlarına uyum sağlayabilmek için hukuki alanda düzenlemeler yapma gereğini duymuştur. Bunun sonucunda 14.06.1991 gün ve 3756 sayılı Yasanın 20.maddesi ile 765 sayılı T.C.K.na "Bilişim Alanında Suçlar" başlığı altında "Onbirinci Bab" eklenmiştir.

Bu düzenleme, (anılan yasanın gerekçesinde de belirtildiği gibi) bilişim tekniği çağdaş hayatta büyük süratle yaygınlaştığı için yerleştirilmiş program, veri ve diğer bütün unsurları en büyük hassasiyetle korumak zaruretinden kaynaklanmıştır.

Bilişim suçları, 765 sayılı TCK.da 525/a, 525/b, 525/c ve 525/d maddeleri olmak üzere toplam 4 maddeden oluşmakta, 525 a, b ve c maddelerinde beş değişik suç söz konusu olduğu halde 525/d maddesinde yeni bir suç düzenlenmeyip fer'i ceza öngörülmekte idi.

01 Haziran 2005 tarihinde ise 5237 sayılı TCK.na onuncu bölümde bilişim alanında suçları kapsayacak temel hükümler getirilmiştir. "Bilişim sistemlerine izinsiz girilmesi (m .243)", "bilişim sistemlerindeki verilere müdahalelerde bulunulması (m.244)", bilişim sistemleri aracılığıyla haksız yarar sağlanması (m.244/4), "banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması (m.245)" gibi, suçlar bilişim suçları olarak düzenlenmiştir.

Bu suçlar dışında, bilişim teknolojilerinin getirdiği olanaklar dolayısıyla ortaya çıkan ve bilişim teknolojileri de aracı kılınarak işlenebilen "haberleşmenin gizliliğini ihlal (m.132)", "haberleşmenin engellenmesi (m.124)", "eğitim ve öğretimin engellenmesi (m.112)" ve "kamu kurumu veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinin engellenmesi, (m. 113)" gibi bilişim suçları da yer almaktadır.

Yine 5237 sayılı T.C.K.da çeşitli bölümlerde bilişim sistemleriyle işlenmesi olanaklı suç tiplerine de yer verilmiştir. Yasanın 135.maddesinde "kişisel verilerin kaydedilmesi", 136.maddesinde "kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme"

138.maddesinde "verileri, yok etmeme" 142. maddesinin 2. fıkrasının b bendinde nitelikli hırsızlık suçu ile 158.maddenin 1. fıkrasının f bendindeki nitelikli dolandırıcılık suçu bağımsız suç tipleri şeklinde düzenlenmişlerdir.

5237 sayılı T.C.K.nın bilişim alanında suçlara ilişkin hükümlerini eleştirmemek mümkün değildir. Kanun, bu alandaki suçların düzenlenmesi bakımından madde hükümlerinin kaleme alınışından suç siyasetine, suçların düzenlenme şekline, uygulanamayacak hükümler içermesine, madde metni ile madde gerekçelerinin birbirinden farklı olma-

sına, bilişim alanında özel bir bölüm bulunmasına rağmen sistemin dışına çıkılarak genel hükümler içinde de düzenlemelere yer verilmeye çalışılmasına, miktarları itibariyle anlamsız cezalar içermesinden (m.243/1-2) sonuçları ile orantılı olmayan ağır cezalar barındırmasına kadar çeşitli çarpıklıkları da bünyesinde taşımaktadır.

765 sayılı T.C.K.nın onbirinci babı az önce vurguladığım gibi “Bilişim Alanında Suçlar” başlığını taşımasına rağmen, bu babta yer alan maddelerde (525/a-b-c-d) bilişim kavramı yer almamış, anılan maddelerde anahtar sözcük olarak “bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş bir sistem” kavramı kullanılmış, ancak bu kavramın da ne anlama geldiği yasada açıklanmamıştır.

Söz konusu Onbirinci bab’ı 765 sayılı T.C.K.na ekleyen 3756 sayılı Yasanın gerekçesinde “bilgileri otomatik işleme tabi tutan sistem” kavramının yanında ayrıca içinde bilgisayar kavramı kullanılmıştır.

5237 sayılı T.C.K.da, 765 sayılı T.C.K.daki “bilgileri otomatik işleme tabi tutan” ifadeleri terk edilerek yerine “bilişim sistemi”, “diğer herhangi bir unsur yerine ise “veri” kavramları kullanılmıştır.

Bilişim kavramının öğretilerde değişik tanımları yapılmıştır. Bir tanıma göre “bilişim; teknik, ekonomik, sosyal, hukuk ve benzeri alanlardaki verinin saklanması, saklanan bu verinin otomatik olarak işlenmesi, organize edilmesi, değerlendirilmesi ve aktarılmasıyla ilgili bilim dalıdır” (Yenidünya, A Caner-Değirmenci Olgun, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları, İstanbul, Legal Yayınevi, s.27-2003)

Bilişim kelimesi, Fransızca bir kelimedenden Türkçeye çevrilmiş olup Fransızca “bilgi” ve “otomatik” kelimelerinin birleşmesinden türemiştir. Bilginin otomasyona tabi tutulması sonucunda işlenmesi yani verilerin saklanması, organize edilmesi, değerlendirilmesi, nakledilmesi ve çoğaltılması anlamlarını içermektedir. Günümüzde bütün bu işlemleri yapabilme özelliğine sahip cihazlar ise bilgisayarlardır.

Veri: Bilgisayar tarafından üzerinde işlem yapılabilen her türlü değerdir. (5651 sayılı Kanun m.I-k)

Başka bir tanımla “... bilgisayar tarafından iletişim, açıklama ve işlem amacıyla herhangi bir gaye, konu, durum, koşul, fikir ya da diğer unsurları açıklamak için (ve) sayıları, harfleri, simgeleri belirtmek üzere kul-

lanılan genel terim...dir. (Yüksel, Ersoy Genel Hukuki Koruma Çerçevesine Bilişim Suçları, A.U.S.B.F.D. s.119, s.3-4, s.169 Ankara-1994)

Bilişim sistemi ise, verilen toplayıp yerleştirdikten sonra bunları otomatik olarak işleme tabi tutma olanağını veren manyetik sistemlerdir.(5237 sayılı T.C.K.nın 243.madde gerekçesi)

Bilişim sisteminin, bilgileri otomatik olarak işleme tabi tutması ve manyetik olması dışında en önemli özelliği, genel amaçlı kullanım özelliğidir. Yani belli bir işin yapılmasına özgülenip başka bir fonksiyon edemeyen bir sistem bilişim sistemi değildir. Örneğin otomatik çamaşır makineleri, elektronik uzaktan kumandalı TV, programlanabilen buzdolabı, genel amaçlı işlem yapamadıklarından yani yüklenen değişik programlara göre başka nitelikli işlemleri yapamadıklarından bilişim sistemi olarak kabul edilmeyecektir. (Levent Kurt, Açıklamalı-İçtihatlı Tüm Yönleriyle Bilişim Suçları ve Türk Ceza Kanunundaki Uygulaması s.14) Seçkin Yayınevi, Ankara-2005)

Özetlersek, 765 sayılı Yasada kullanılan “bilgileri otomatik işleme tabi tutan bir sistem” ibaresi ile 5237 sayılı Yasada yer alan “bilişim sistemi” kavramları ile genel amaçlı kullanıma uygun bilgisayarlar anlatılmak istenmiştir.

Bilişim ile bilgisayar terimleri aynı anlamda kullanılmaktaysa da, gerçekte bunlar aynı şey demek değildir. “Bilişim” sözcüğü “bilgisayar” kelimesine oranla daha geniş kapsamlıdır. Bilgisayar, aritmetik ve mantık işlemi dizeleriyle oluşturulmuş programlara göre verileri (bilgileri) otomatik işlemlere tabi tutan sistemlere verilen ortak isim iken, bilişim ise bilgisayardan da faydalanmak suretiyle bilginin saklanması, iletilmesiyle işlenerek kullanılır hale gelmesine konu olan akademik ve meslek disiplini verilen addır, başka bir deyişle bilgisayar kullanma ilmidir. (R.Yılmaz Yazıcıoğlu, Bilgisayar Suçları, s.131, Alfa Yayınevi 1997)

Bu açıklamalardan sonra konumuzu ilgilendiren 5237 sayılı T.C.K.-nın 244.maddesine gelirsek;

Maddenin 1. fıkrasında, bir bilişim sisteminin işleyişine yönelik engelleme ve zarar verici fiiller yaptırım altına alınmaktadır. Bu fıkrada yaptırıma bağlanan fiil, bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi ve bozulmasıdır.

2. fıkrada düzenlenen suçun konusunu bir bilişim sistemindeki verilerin dokunulmazlığı oluşturmaktadır. Verilerin bozulması, yok edilmesi, değiştirilmesi, erişilmez kılınması, sisteme veri yerleştirilmesi veya mevcut verilerin başka yere gönderilmesi hareketlerinden birinin işlenmesi ile suç oluşmaktadır.

3. fıkrada maddenin 1. ve 2. fıkralarındaki eylemlerin bir banka veya kredi kurumuna ya da bir kamu kurum veya kuruluşuna ait bilişim sistemi üzerinde işlenmesi ağırlatıcı neden olarak, 4. fıkrada ise maddenin 1. ve 2. fıkralarında belirtilen fiilleri işleyen failin kendisine veya başkasına haksız bir yarar sağlama hali artırıcı neden olarak düzenlenmiştir. O halde maddenin 1. ve 2. fıkralarında belirtilen fiillerin gerçekleştirilmesi ile haksız çıkar sağlanması halinde suç tamamlanır. Ancak bu son fıkraya göre ceza tayini için failin daha ağır bir cezayı gerektiren suç oluşturmaması gerekir.

765 sayılı T.C.K.nın 525/b-2 (765 sayılı T.C.K. m525/b-2: “Bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş bir sistemi kullanarak kendisi veya başkası lehine hukuka aykırı yarar sağlayan kimseye 1 yıldan 5 yıla kadar hapis ve 2.000.000 liradan 20.000.000 liraya kadar ağır para cezası verilir”) maddesine karşılık olarak 5237 sayılı T.C.K.da yapılan düzenlenmelerden birisi de bu fıkradadır. Bunun dışında 5237 sayılı T.C.K.da bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle hırsızlık (m. 142/2-e), dolandırıcılık (m. 158/1-1) ile banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçları (m.245)düzenlenmiştir. Başka bir anlatımla 765 sayılı T.C.K.daki 525/b-2 madde, yukarıda belirttiğim dört adet suçu üretmiştir.

Bu açıklamaların ışığında somut olaya gelirse, eylem, sanıkların haksız şekilde ele geçirilen şifreyi kullanarak, yakınının banka şubesindeki hesabında yer alan parayı internet kanalı ile daha önce açtırdıkları hesaba havale ettirerek çekme fiilidir. Bu eylem, sayın azınlık görüşü ve onun doğrultusunda hazırlanan itirazda belirtildiği şekilde T.C.K.nın 142/2-e maddesi mi, yoksa, çoğunluk görüşümüz doğrultusunda T.C.K.-nin 244/4. maddesi mi uygulanacaktır?

Sayın azınlığa göre, bu fiile T.C.K.nın 244/4.maddesi uygulanamaz, zira, bu fıkra tali norm niteliğindedir. Dolayısıyla bilişim sistemleri aracılığıyla bir çıkar sağlandığında, öncelikle bilişim sistemlerinin kul-

lanılması suretiyle hırsızlık, dolandırıcılık, zimmet gibi daha önce uygulanması gereken bir suçun oluşup oluşmadığı tartışılmalı, eylem başka bir suçu oluşturmaması halinde T.C.K.nın 244/4.maddesi irdelenmelidir, bu nedenle de eyleme aynı Yasanın 142/2-e maddesindeki (bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle hırsızlık) suçu uygulanmalıdır, zira m. 142/2-e asli norm niteliğindedir görüşüdedir.

İlke olarak sayın azınlığın belirttiği husus doğrudur. Bir norm, sadece diğer bir norm uygulanmadığı sürece uygulanabilir hale geliyorsa ikincil ya da talidir. Ancak sanıkların gerçekten eyleminde T.C.K.nın 142/2-e nin koşulları var mıdır?

Bilindiği gibi, hırsızlık suçunun, temel şekli, 5237 sayılı T.C.K.nın 141/1.maddesinde tanımlanmıştır. Bu maddede aynen;

- “1) Zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak amacıyla bulunduğu yerden alan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.*
- 2) Ekonomik bir değer taşıyan her türlü enerjide de taşınır mal sayılır” denilmektedir.*

Maddenin yazılışından çok net şekilde anlaşılacağı gibi hırsızlık suçunun maddi konusu başkasına ait taşınır maldır.

Maddenin ikinci fıkrasında ekonomik bir değer taşıyan her türlü enerji taşınır mal sayılmıştır.

Buna göre, elektrik enerjisi, gazlar, tabii veya suni buharlar da hırsızlık suçunun konusunu oluşturabilecektir. (Madde gerekçesi)

Yine örneğin, başkasına ya da kamuya ait telefon şebekesinden bedeli ödenmeksizin ve hukuk dışı yollarla yararlanılması durumunda, hırsızlık suçu oluşmaz. Çünkü, ortada taşınabilir bir mal yoktur.(5237 sayılı T.C.K.nun 163. maddesi gerekçesi)

Taşınır mal, aynı zamanda eşya (şey) anlamındadır. Yasa sadece mal demekle yetinmemiş bunu nitelendirmiştir. Taşınır, yani menkul bir mal. O halde suçun konusunu oluşturacak malın bu tanıma uygun, yani yerinden alınıp götürülebilecek nitelikte olması gerekir. Taşınır mal, mevcut ve maddi varlığı olan bir cisimdir.

Ekonomik bir değer taşıyan enerji, ancak taşınabilir mal olarak T.C.K.nda düzenlenmesi ile enerji hırsızlıklarını cezalandırmak olanaklı hale gelmiştir.

Az önce verinin bilgisayar üzerinde işlem yapılabilen her türlü değer olduğunu belirttik. Somut eylemimize göre parayı ifade eden veri, taşınır bir mal mıdır? 5237 sayılı T.C.K.nın hiçbir maddesinde veri taşınabilir bir mal olarak düzenlenmemiş ve tanımlanmamıştır. Verinin sahibinin rızası olmaksızın bilişim sisteminden başka bir yere gönderilmesinde hırsızlık suçunun oluştuğunu söyleyebilmek için yerinin taşınır bir mal olarak kabulü zorunludur. Aksi halde Y.T.C.K.nun 2. maddesinde ifadesini bulan suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık oluşacaktır. Sözü edilen maddeye göre;

- “1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.*
- 3) Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerin uygulanmasında kıyas yapılamaz, suç ve ceza içeren hükümler kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz. Aynı esas Anayasamızın 38. maddesinde de açık ve kesin bir biçimde vurgulanmıştır. “Kanunsuz suç ve ceza olmaz” kuralı, çağdaş toplumların en yüce değerlerinden biridir.*

Ceza hukukunda kıyasa da yer verilmemiştir. Anayasa ve Ceza Kanunu buna engeldir. Zira kıyas, Yargıcın, yasa koyucunun yerine geçerek yeni bir hukuk kuralı koymasıdır. Ceza Hakiminin görevi ise yasayı olduğu gibi uygulamaktır.

Bununla birlikte T.C.K.nın 142/2-e maddesi sınırlı bazı hallerde uygulama yeri bulabilir. Örneğin, bir kasa ya da mağazanın bilişim sistemine bağlı merkezi kilit sistemine ulaşan hırsızların kilit sistemini depo veya kasa kapısının açılması üzerine buradaki eşyaları veya paraları çalmaları halinde klasik hırsızlık suçu bilişim sistemi kullanılarak gerçekleştirilmektedir. Bu sınırlı haller dışında T.C.K.nın 244. maddesi karşısında T.C.K.nın 142/2-e maddesinin uygulama alanı bulması söz konusu değildir.

Öğretide Doç.Dr.Veli Özer Özbek ve Yrd.Doç.Dr.R.Yılmaz Yazıcıoğlu da aynı görüştedir.

Özbek'e göre, "Hırsızlık suçunun bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenmesi T.C.K.nın m.244 hükmü karşısında mümkün değildir. Bilindiği üzere hırsızlık suçunun konusunu "taşınır bir mal" oluşturmaktadır. Hırsızlık suçunun bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlendiği iddia edilen her durumda esasen işlenen suçun konusu "taşınır bir mal" değil "veri" olacaktır.

Görüldüğü üzere bilişim sisteminin kullanılması durumunda artık üzerinde icra hareketinin gerçekleştiği her şey veri adını almaktadır. Bu halde artık m. 142/2 de yer alan suç değil, T.C.K. m.244/2 oluşacak, duruma göre 244/3 ya da 4. fıkra da uygulama alanı bulabilecektir" (Özbek, Yazıcıoğlu ve Koca'nın 09-10 Ekim 2008 tarihlerinde Yargıtay'da düzenlenen "Bilişim Hukuku Sempozyumu"ndaki sunumları)

Yazıcıoğlu, "Kanun, hırsızlık (m.142/2-e) ve dolandırıcılık (m.1581-f) suçlarının bilişim sistemleriyle işlenmesi ihtimallerini de nitelikli hal olarak düzenlemektedir. Ancak düzenlenmesine hiçbir şekilde katılmadığımız bu nitelikli haller, bir yandan uygulayıcıları ikileme sokacağı gibi, bir yandan da suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği bir iki ihtimalin dışında uygulanma imkanı da bulamayacaktır. Her ne kadar bilgisayar tarafından üzerinde işlem yapılabilen bir değer ifade eden veri taşınabilir bir mal olmadığı ve ekonomik değer taşıyan enerji kavramı gibi ayrıca tanımlanmadığı için (m. 141/2) bilgisayar marifetiyle yapılan haksız kazanç edinim eylemleri bakımından hırsızlık suçunu uygulayabilmek mümkün olmayacaktır. Bu ihtimal olsa olsa ancak bir bilişim sistemine veya uygulamasına bağlanmış bir kasanın veya bir kapının açılması suretiyle buralardan yapılan hırsızlık fiilleri bakımından söz konusu olabilir ki, bu ihtimalleri nitelikli hal kabul etmenin mantıklı bir izahını bulamamaktayız" görüşünde olmalarına karşılık (Özbek, Yazıcıoğlu ve Koca'nın 09-10 Ekim 2008 tarihlerinde Yargıtay'da düzenlenen "Bilişim Hukuku Sempozyumu"ndaki sunumları) Sayın azınlık görüşüne esin kaynağı olan Doç.Dr.Mahmut Koca'ya göre, T.C.K.nın 244/4. maddenin tali norm niteliğinde olması nedeniyle önce hırsızlık, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma veya zimmet gibi başka bir suçun oluşup oluşmadığına bakılmalı, olayın oluş şekli bu suçlardan bi-

risinin tanımına uygun ise o suç aksi halde T.C.K.nın 244/4.maddesi gündeme gelmelidir görüşündedir. (Özbek, Yazıcıoğlu ve Koca'nın 09-10 Ekim 2008 tarihlerinde Yargıtay'da düzenlenen "Bilişim Hukuku Sempozyumu"ndaki sunumları)

Somut olayda sanıklar bir bilişim sistemine girdikten sonra, yakınının banka, üzerindeki hesabında bulunan ve parayı temsil eden verileri önceden açtırdıkları hesaba göndermişlerdir. Kanımızca bu eylem, 5237 sayılı T.C.K.nın 244/4. maddesinde tanımlanan, var olan verileri başka bir yere göndermek suretiyle haksız çıkar sağlanması suçunu oluşturur. T.C.K.da verinin taşınır mal olarak tanımlanmaması nedeniyle bu fiil hırsızlık suçuna ait norm, öncelikle uygulanması gereken asli norm niteliğini taşımaz. Yukarıda açıkladığım nedenlerle;

5237 sayılı T.C.K. "veri"yi taşınır bir mal olarak tanımlamadığına göre, veriyi temel almak suretiyle bilişim sistemleri kullanılarak elde edilen haksız edinimleri hırsızlık suçu olarak nitelendirmek T.C.K.daki "Suçta ve Cezada Kanunilik" ve "Kıyas Yasağı" ilkeleri karşısında olanaklı değildir. Bu nedenlerle somut eylemde, hırsızlık suçunun yasal unsurlarının gerçekleşmesi nedeniyle T.C.K.nın 142/2-e maddesinin uygulanmasının uygun olduğu yönündeki sayın çoğunluk görüşüne katılmıyorum" görüşüyle, Diğer beş Kurul Üyesi de, benzer gerekçelerle eylemin 5237 sayılı TCY'nın 244/4 maddesine uyan suçu oluşturduğu düşüncesiyle karşı oy kullanmışlardır.

SONUÇ

Açıklanan nedenlerle,

- 1- Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının değişik gerekçe ile KABULUNE,
- 2- Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 02.07.2009 gün ve 8060-8597 sayılı bozma kararının KALDIRILMASINA,
- 3- Bakırköy 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 27.10.2005 gün ve 218-204 sayılı hükmünün "sanığa fazla para cezası tayin edilmesi ve ağır para cezasının adli para cezasına çevrilmemesi" isabetsizliklerinden BOZULMASINA, yeniden yargılama gerektirmeyen bu hususta, 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 1412 sayılı CYUY'nın 322. maddesinin verdiği yetkiye

dayanılarak Yargıtay Ceza Genel Kurulunca da karar verilmesi mümkün bulunduğundan, yerel mahkeme hükmünün sanık hakkında bilgileri otomatik işleme tabi tutulmuş bir sistemi kullanarak hukuka aykırı yarar sağlamak suçundan, 765 sayılı TCY'nın 525/b-2 ve 59/2. maddeleri uyarınca tayin edilen sonuç cezanın, 1 yıl 8 ay hapis ve 375 YTL. adli para cezası olarak saptanması suretiyle, DÜZELTİLEREK ONANMASINA,

4- *Dosyanın mahalline gönderilmek üzere Yargıtay C.Başsavcılığına TEVDİİNE,*

17.11.2009 günü yapılan müzakerede oyçokluğu ile karar verildi.

KARAR İNCELEMESİ

OLAY

Sanık V.E, ..Şirketinin, Ş.Bankası'nın, A.Şubesinde bulunan hesabının internet şifresini kırarak hesapta bulunan ..TL tutarındaki parayı, kendi adına bir başka bankada açtırmış olduğu hesaba havale etmiştir. Bu şekilde sanık, başkasına ait banka internet hesabına girerek menfaat temin etmiştir.

MAHKEME KARARLARI

Yargılamanın yapıldığı **Bakırköy 2. Ağır Ceza Mahkemesi**, olayın 765 sayılı ETCK'nın 525/b-2. Maddesinde yer alan suçu oluşturduğu, ancak karar tarihinde 5237 sayılı TCK'nın yürürlükte bulunduğunu ve bu sebeple 525/b-2. Maddesinin 5237 sayılı TCK'nın 158/1-f maddesinin karşılığı olduğunu gerekçe göstermek suretiyle sanığın neticeten 1 yıl 8 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir.

Katılan şirket vekilinin temyizi üzerine dosyayı inceleyen **Yargıtay 11. Ceza Dairesi**, 765 sayılı TCK'nın 525/b-2. Maddesinde yer alan suçun 5237 sayılı TCK'da 244/4. Maddesinde karşılık bulduğunu, bu sebeple 5252 sayılı Yürürlük Kanununun 9/3. Maddesi uyarınca uygulamalı karşılaştırma yapılarak hüküm kurulması gerektiği gerekçesi ile oyçokluğu ile kararın Bozulmasına karar vermiştir.

11. Ceza Dairesi'nin üyelerinden Sedat Bakıcı ve Saniye Tarhan ise, ayrıntılı bir karşı oy gerekçesi hazırlayarak söz konusu 525/b-2. Maddesinin 5237 sayılı TCK'daki karşılığının 244/4. Maddesi değil, 142/2-e maddesinde yer alan bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle hırsızlık olduğunu ve bu sebeple uygulamalı karşılaştırmanın 525/b-2. Maddesi ile 142/2-e maddeleri arasında yapılması gerektiği sebebiyle çoğunluk görüşüne katılmamışlardır.

11. Ceza Dairesi'nin bu kararına karşı **Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı**, 06.08.2009 tarihli kararı ile itiraz etmiştir. Cumhuriyet Savcılığı, 11.Ceza Dairesi üyelerinden Bakıcı ve Tarhan'ın karşı oy görüşlerinde yer alan gerekçeleri aynen belirtmek suretiyle iki kanun arasındaki karşılaştırmanın 525/b-2 maddesi ile 142/2-e maddeleri arasında yapılması gerektiği gerekçesi ile Ceza Genel Kurulu'na başvurmuştur.

Ceza Genel Kurulu 17.11.2009 tarihinde oyçokluğu ile aldığı kararda, fiilin 5237 sayılı 142/2-e maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ve olayda 244/4. Maddenin uygulanma olanağının bulunmadığını belirtmiştir. Kararda kısaca şu gerekçelere yer verilmiştir:

“...somut olayda, failin kastı, firmanın banka hesabında bulunan, taşınır nitelikteki parayı bilişim sistemini kullanmak suretiyle kendi banka hesaplarına geçirmek, bu şekilde katılanın rızasına aykırı olarak malvarlığında bir azalmaya neden olmak, başka bir anlatımla veriyi başka bir yere göndermekten ziyade, verinin temsil ettiği parayı alarak mal edinmeye yöneliktir.”

Ceza Genel Kurulu üyelerinden Kubilay Taşdemir, gerekçelerini ayrıntılı olarak belirttiği karşı oy’unda, fiilin 142/2-e maddesine tanımlanan suçu oluşturmadığını, eylemin 244/4. Madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini, zira “veri”nin TCK’da taşınır mal olarak tanımlanmadığını suçta ve cezada kanunilik ve kıyas yasağı ilkeleri çerçevesinde fiilin ancak 244/4. Maddesi uyarınca bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle haksız çıkar sağlamak olduğunu belirtmiştir. Kurulun diğer beş üyesi de, benzer gerekçelere yer vererek bu görüşe katılmış ve karşı oy kullanmışlardır.

KONU İLE İLGİLİ KANUN MADDELERİ:

765 sayılı Türk Ceza Kanunu

MADDE 525/b - (Ek: 3756 - 6.6.1991) *Başkasına zarar vermek veya kendisine veya başkasına yarar sağlamak maksadıyla, bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş bir sistemi veya verileri veya diğer herhangi bir unsuru kısmen veya tamamen tahrip eden veya değiştiren veya silen veya sistemin işlemesine engel olan veya yanlış biçimde işlemesini sağlayan kimseye iki yıldan altı yıla kadar hapis ve beşmilyon liradan ellimilyon liraya kadar ağır para cezası verilir.*

Bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş bir sistemi kullanarak kendisi veya başkası lehine hukuka aykırı yarar sağlayan kimseye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve iki milyon liradan yirmi milyon liraya kadar ağır para cezası verilir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu

MADDE 141 - (1) Zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Ekonomik bir değer taşıyan her türlü enerji de, taşınır mal sayılır.

Nitelikli hırsızlık

MADDE 142 - (1) Hırsızlık suçunun;

.....

İşlenmesi hâlinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Suçun;

e) Bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle,

İşlenmesi hâlinde, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Suçun, bu fıkranın (b) bendinde belirtilen surette, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olan kimseye karşı işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte biri oranına kadar artırılır.

MADDE 244 - (1) Bir bilişim sisteminin işleyişini engelleyen veya bozan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Bir bilişim sistemindeki verileri bozan, yok eden, değiştiren veya erişilmez kılan, sisteme veri yerleştiren, var olan verileri başka bir yere gönderen kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Bu fiillerin bir banka veya kredi kurumuna ya da bir kamu kurum veya kuruluşuna ait bilişim sistemi üzerinde işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(4) Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan fiillerin işlenmesi suretiyle kişinin kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlamasının başka bir suç oluşturmaması halinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezasına hükmolunur.

DEĞERLENDİRME

Ceza Genel Kurulu'nun kararı ile ilgili görüşlerimize yer vermeden önce, konu ile ilgili 765 sayılı 525/b-2. maddesinin ve yine bu maddenin karşılığı olarak belirtilebilecek 5237 sayılı YTCK'nın 244/4. maddesinin konuluş amaçlarını ve bu maddeler ile korunan hukuki yararı belirtmekte fayda bulunmaktadır.

Teknolojik gelişimin sonucu olarak, bilgisayar aracılığıyla para ya da diğer ekonomik değerlerin elde edilmesine yönelik hukuka aykırı fiillerin etkin olarak cezalandırılabilmesi amacıyla, bilişim sistemine girme, sistemin işleyişini engelleme, sistemdeki verileri bozma, ele geçirme, başka yere gönderme gibi fiillere özgü düzenleme yapılması yoluna gidilmiştir. Bu açıdan, *“bilgisayar sistemi kullanarak yarar sağlamak”*, *“yarar sağlama suçu”*, *“bilgisayar marifetiyle dolandırıcılık”* olarak da adlandırılan bilişim sistemleri aracılığıyla yarar sağlama genel olarak malvarlığı kapsamında değerlendirilebilecek bir değer, bilişim ya da bilgisayar sistemlerine müdahale edilmesi suretiyle hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi fiillerini kapsayan bir terim olarak ortaya çıkmıştır.¹

İncelememizde hangi maddenin uygulanacağı konusundaki belirlemede, maddelerin konuluş amacının da yol gösterici olacağını belirtmek gerekmektedir. Zira bilişim sistemleri aracılığıyla haksız çıkar sağlama suçuna ayrı bir düzenleme olarak verilmesinin temel gerekçesi ceza kanunlarında yer alan güveni kötüye kullanma, hırsızlık ve dolandırıcılık suçlarında elde edilecek şeylerin cisminin olması, yerine göre bir mal olması, bilgisayar bakımından ise durumun farklı bulunması olarak belirtilmiştir.²

Doktrinde bilişim alanındaki suçların, belirtilen suçlardan ayrı olarak düzenlenmesine gerekçe olarak iki neden gösterilmektedir. Bunlardan ilki, hileli hareketlerin doğrudan doğruya kişiye karşı yapılması sebebiyle, klasik dolandırıcılık suçunun unsurlarının bu suçta kapsamamasıdır. İkinci gerekçe ise aşağıda ayrıntıları ile açıklayacağımız şekilde, hırsızlık, dolandırıcılık gibi suçlarda elde edilecek şeylerin cisminin olması, bir mal olması gösterilmiştir.³

1 **Ketizmen**, Muammer, Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları, Ankara, 2006, s.178

2 **Dönmezer**, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul, 1999, s.618-619

3 **Ketizmen**, s.181

Yazıcıoğlu da benzer belirlemelere yer verdikten sonra, bilgisayarlar da yer alan bilginin fiziki bir varlık içermemesi ve yine taşınabilir bir mal olmaması sebebiyle, bilgisayarla işlenen suçların mal aleyhine işlenen suçların konusu olarak kabul edilebilmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir.⁴

Önemle belirtmek gerekir ki, bilişim alanında suçlara ilişkin olarak oluşturulan hükümlerin özellikle anlam karmaşasına neden olması, belirli terimlerin madde metninde ve gerekçesinde belirtilmemesi uygulamada zorluklara neden olmakta ve bu sebeple de yoğun bir biçimde eleştirilmektedir.⁵

5237 sayılı TCK'nın 244/4. maddesinde tanımlanan “**Bilişim Sistemlerinin Kullanılması Suretiyle Haksız Çıkar Sağlama**” suçunun oluşumu için öncelikle maddenin birinci ve ikinci fıkralarında düzenlenen eylemlerden birinin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu fiillerden sadece birinin gerçekleştirilmesi suçun oluşumu için yeterli olacaktır.

Failin bu suçtan cezalandırılması için ikinci koşul ise, aynı maddenin 1. ve 2. fıkralarında yer alan fiillerden birini ve birkaçını gerçekleştirmek suretiyle kendisine veya bir başkasına menfaat temin etmesi gerekliliğidir.

Suçun oluşumu için son şart ise fiilin daha ağır bir cezayı gerektiren başka bir suç oluşturulmamasıdır.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi 244/4. maddesinde yer alan hüküm ancak bir bilişim sistemindeki verilerin bozulması, yok edilmesi, değiştirilmesi veya erişilmez kılınması, sisteme veri yerleştirilmesi veya var olan verilerin başka yere gönderilmesi suretiyle haksız çıkar sağlanması fiilin daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturulmaması halinde uygulanabilecektir.

Ancak “başka bir suç oluşturulmaması” şeklinde belirttiğimiz son şart yönünden madde metni ile gerekçesinin çelişkili olduğunu ifade etmek

4 **Yazıcıoğlu**, Yılmaz, Bilgisayar Suçları, İstanbul, 1997, s.267

5 **Yazıcıoğlu**, Yılmaz, “5237 sayılı TCK'nın 244/4. maddesinde düzenlenen ‘Bilişim Sistemi Marifetiyle Haksız Çıkar Sağlanması’ suçu ili 142/2-e ve 158/1-f maddelerinde düzenlenen ‘Bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle hırsızlık ve dolandırıcılık suçlarının işlenmesi sorunsalı üzerine düşünceler,” Suç ve Ceza Dergisi, sayı:4, 2009, s.3

gerekmektedir. Zira madde metninde bu suçtan hüküm kurulabilmesi, sadece “fiilin başka bir suç oluşturmaması” şartına bağlanmış iken, madde gerekçesinde “başka bir suçu oluşturmaması” ve “daha ağır bir cezayı gerektirmesi” şartlarının bir arada bulunmasına bağlanmıştır.⁶ Her ne kadar bu şekilde madde metni ile gerekçesi arasında bir çelişki bulunmakta ise de, madde metninin açık olması ve madde gerekçelerinin sadece yol gösterici bir nitelik taşıması karşısında, bir başka suçun ağır veya hafif cezayı gerektirmesine bakılmaksızın madde metni dikkate alınmalıdır.

Maddedeki suçun oluşumu için failin çıkar sağlamış olması yeterlidir. Ayrıca bilişim sistemi üzerinde hak sahibi olan kişinin veya bir başkasının zarar görmesine gerek yoktur. Bu bakımdan suçun zarar suçu olmadığını belirtmek gerekmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, bu suç tipinde genellikle sağlanan menfaat, mağdurun zararına olmaktadır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, inceleme konusu olayda, bir bilgisayara girilerek daha önce hukuka aykırı bir yöntemle elde edilen şifrenin kullanılması suretiyle internet hesabından “para”nın başka bir hesaba gönderilmesini hırsızlık olarak kabul etmiştir. Kurul, 142/2-e maddesinin uygulanması sırasında 244/4. maddenin gerekçesini ele almış ve özellikle madde metninde belirtilmemekle beraber gerekçede yer alan “*bu fıkra hükmüne istinaden cezaya hükmedilebilmesi için fiilin daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmaması gerekir*”. Bu bakımdan fiilin örneğin, dolandırıcılık, hırsızlık...suçunu oluşturmaması halinde bu fıkra hükmüne istinaden cezaya hükmedilemeyecektir.” şeklindeki belirleme çerçevesinde, 244/4. maddenin tali norm olduğunu, dolayısıyla öncelikle asli norm niteliğinde olan 142. maddenin uygulanması gerektiğini belirtmiştir.

Olayda, bilişim sisteminin kullanılması suretiyle, bir banka hesabından başka bir banka hesabına hukuka aykırı bir şekilde para transfer edilmesi ile doğrudan doğruya bir yarar sağlama söz konusudur.

Bu bakımdan olayda hırsızlık suçunun oluşup oluşmadığını tespiti yönünden öncelikle ortaya konması gereken husus, “veri”nin taşınır bir mal olup olmadığıdır. Zira, hırsızlık suçunu düzenleyen 141. madde,

⁶ Aynı görüş için bkz. Karagülmez, Ali, Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evresi, Ankara, 2005, s.1930

“taşınır bir malın” rıza dışında elden çıkmasından bahsetmektedir. Türk Hukukunda, maddi varlığı olan, yani cismani şeyler, eşya olarak kabul edilmektedir. Bu bakımdan verinin maddi bir varlığı bulunmamaktadır.

Ceza hukuku açısından taşınır mal, bulunduğu yerden alınması mümkün hale gelmiş ve gelebilen mal olarak kabul edilebilir. Bu bakımdan, hareket edebilen veya ettirilebilen, bulunduğu yerden sökülüp götürülebilen her şey hırsızlık suçunun konusunu oluşturabilir.⁷

Nitekim Kanun koyucu, TCK'nın 163. maddesinin gerekçesinde⁸ “ortada taşınır bir mal” olmaması sebebiyle hırsızlık suçunun oluşmayacağı belirtmektedir. Dolayısıyla hiçbir şekilde bir yerden bir başka yere götürülmesi fiziken mümkün olmayan veriyi taşınır mal olarak kabul etmek bir madde ve gerekçe yönünden çelişki yaratacaktır. Çünkü kanun koyucu hırsızlık suçunun konusunu oluşturabilecek “malları” belirtmiş ve bunun dışında bir “şey” üzerinde yapılacak fiil ile ilgili özel düzenlemeye yer vermiştir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi 163. maddede herhangi bir taşınabilir maldan söz edilmemesi sebebiyle kanunkoyucu hırsızlık suçunun oluşmayacağı belirtmiş, maddede yer alan özel düzenleme ile hüküm kurulması gerektiğini ifade etmiştir.

7 Centel-Zafer-Çakmut, Kişilere Karşı Suçlar, c.I,İ İstanbul, 2010, s.287-288

8 TCK 163. madde gerekçesi :Madde metninde karşılıksız yararlanma suçu tanımlanmıştır. Otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanmak, karşılıksız yararlanma suçunu oluşturmaktadır. Otomatlar aracılığı ile satışa sunulan hizmetlerden, otomatın teknik işleyişini devre dışı bırakan müdahalelerle, bedeli ödenmeksizin yararlanılması durumunda, ortada bir taşınabilir mal bulunmadığı için, hırsızlık suçu oluşmayacaktır. Örneğin, toplu taşıma sistemlerinde yolcuların geçişlerini kontrol eden otomatlara müdahale etmek suretiyle ücret ödenmeksizin yolculuk yapılması durumunda, karşılıksız yararlanma suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir. Burada, bir hilenin varlığından söz edilemez. Çünkü bu durumda herhangi bir kişi aldatılmamaktadır. Yapılan müdahale ile bir otomatın teknik işleyişinin devre dışı bırakılması durumunda, bir hilenin varlığından söz edilemez. Çünkü, dolandırıcılık suçu açısından hilenin varlığı için muhatabın mutlaka insan olması gerekir.

Keza, başkasına ya da kamuya ait telefon şebekesinden bedeli ödenmeksizin ve hukuk dışı yollarla yararlanılması durumunda, hırsızlık suçu oluşmaz. Çünkü, ortada taşınabilir bir mal yoktur. Başkasına ya da kamuya ait telefon şebekesinden bedeli ödenmeksizin ve hukuk dışı yollarla yararlanılması fiili, karşılıksız yararlanmanın tipik bir örneğini oluşturmaktadır.

Kamu veya özel kuruluşlarca kurulmuş bulunan telli ve telsiz telefon hatları ile sistemlerinden veya elektromanyetik dalgalar yolu ile şifreli veya şifresiz yayın yapan televizyon yayınlarından sahiplerinin veya zilyetlerinin rızası olmadan yararlanılması durumunda da bu suç oluşur. Bu durumlarda bir mal söz konusu olmadığı için hırsızlık suçunun oluştuğundan söz edilemez.

Bu açıklamalardan hareketle verinin Türk Ceza Hukuku anlamında hırsızlık suçunun konusunu oluşturan taşınabilir mal olarak kabul edilmesi mümkün görünmemektedir.⁹

Karşılaştırmalı hukukta ise farklı uygulamalar ile karşılaşılmaktadır. Örneğin, ABD federe devletlerinin bilişim ile ilgili suçların düzenlendiği kanunlarda, veri, eşya olarak kabul edilmiştir. Bu sebeple suç, veri hırsızlığı olarak nitelendirilmektedir.¹⁰ Ancak federal kanunlarda ise verinin mal kapsamına dahil edilmediği ve daha çok devlet sırrı, ticari sır gibi hallerde korunduğu tespit edilebilmektedir.¹¹

Çin Halk Cumhuriyeti Ceza Kanunu'nda da bilişim ile ilgili düzenlemeler yer verilmişse de birçok bilişim suçu konuları internet ile ilgili kanun ve tüzüklerle düzenlenmektedir. Çin Ceza Kanunu'nda ve diğer düzenlemelerde de verinin mal olarak kabul edilmediği, genellikle devlet işleri ve savunması ile ilgili haller şeklinde korunduğu tespit edilmektedir. Ancak Kanunun 287. maddesinde ayrı bir düzenlemeye yer verilmek suretiyle bilişim sisteminin, finansal dolandırıcılık, hırsızlık, yolsuzluk, kamu fonlarını zimmete geçirme, devlet sırlarını ele geçirme veya diğer suçları işlemek amacıyla kullanılması ayrı bir suç olarak tespit edilmiştir.¹²

Hong Kong Ceza Kanunu'nun "Suç işlemek amacıyla veya kötü niyetle bilişim sistemine girmek" başlıklı 161. maddesinde de şu şekilde bir düzenlemeye yer verilmiştir.

"Her kim bir bilgisayara; Bir suç işlemek amacıyla; Kötü niyetli olarak dolandırma amacıyla; Kendisine veya bir başkasına yarar sağlamak amacıyla; veya Bir başkasını kayba uğratma niyetiyle, aynı veya farklı zamanlarda da olsa böyle bir giriş sağlayan kişinin fiili suç teşkil eder ve 5 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

Tespit edileceği üzere, bu kanunda da, ayrı bir düzenlemeye yer verilmemiş, dolandırıcılık ve benzer nitelikteki suçların bilişim sistemi marifetiyle işlenmesi suç olarak düzenlenmiştir.¹³

9 Ketizmen, s.81

10 Ketizmen, s.82, dipnot.117-118

11 Ketizmen, s.84

12 www.cybercrimelaws.net

13 www.cybercrimelaws.net

Ukrayna Ceza Kanunu'nun bilişim suçlarına ilişkin bölümün ilk maddelerinde bilişim suçu tanımlanmış, 362. maddede de söz konusu bilişim sisteminin Hırsızlık, zimmete para geçirme, bilgisayar bilgisinin zorla alınması veya resmi pozisyonu dolandırıcılık veya istismar etme için kullanılması ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir.¹⁴

Karşılaştırmalı hukuktan verdiğimiz örneklerden de anlaşılacağı üzere, farklı düzenlemelere yer verilmiş ve bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle haksız çıkar sağlama suçu, bilişim suçlarının düzenlendiği bölümlerde hüküm altına alınmıştır. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, ülkeler, herhangi bir karışıklığa sebebiyet vermemek amacıyla bilişim sistemlerinin, hırsızlık, dolandırıcılık ve benzer suçlarda kullanılması halini, Türk Ceza Kanunu'ndakinin aksine bilişim suçu içerisinde ağırlaştırıcı neden olarak düzenlemiştir. Bu şekilde mala karşı suçlarda bilişim sisteminin kullanılmasının her suç için ayrı ayrı ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmesi yerine, "bilişim sistemine hukuka aykırı müdahale" suçu altında diğer tüm suçlar toplanmıştır.

Yukarıdaki belirlemeler karşısında kişinin taşınır malının bilişim sistemi vasıtasıyla elinden rızası dışında çıkması halinde 142/2-e maddesi uygulanabilecektir. **Kurt**, bu belirleme ile ilgili şu örneği vermiştir: "Kapısı, sadece merkezi bir bilgisayar sistemi ile açılıp kapanan bir depodaki ürünlerin, bilgisayar sistemine girilmek ve bu surette kapının açılması sağlamak suretiyle ürünlerin çalınmasında depo kapısının fiziki hiçbir müdahale olmaksızın, bilişim sistemi kullanılarak açılması halinde 142/2-e maddesi söz konusu olabilecektir. Zira ürünlerin, kişinin rızası dışında elinden çıkması, bir bilişim sisteminin kullanılması suretiyle olmuştur."¹⁵

TCK'nın 244. maddesinde "veri" teriminden bahsedilmiş, ancak, madde gerekçesinde veya başka bir hükümde de buna ilişkin bir tanıma yer verilmemiştir. 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 1-k maddesinde "veri, bilgisayar tarafından üzerinde işlem yapılabilen her türlü değerdir" şeklinde bir tanıma yer verilmiştir.

¹⁴ www.cybercrimelaws.net

¹⁵ Benzer örnekler için bkz. **Kurt**, Levent, Bilişim Suçları, Ankara, 2005, s.171

Yine Avrupa Siber Suç Sözleşmesi'nin 1. maddesinde **bilgisayar verisi** başlığı altında, bir bilgisayar sisteminin belli bir işlevi yerine getirmesini sağlayan yazılımlar da dâhil olmak üzere, bir bilgisayar sisteminde işlenmeye uygun nitelikteki her türlü bilgi ve konsepti ifade edecektir şeklindeki tanım yer almıştır.

Ancak TCK'da verinin ne olduğunu konusunda herhangi bir tanıma yer verilmemiş, bu tanım ile ilgili bir başka kanun veya düzenlemeye de atıf yapılmamıştır. Yukarıda ortaya koyduğumuz belirleme ve tanımlardan da anlaşılacağı üzere verinin hırsızlık suçunda belirtilen taşınır bir mal olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

Doktrinde, 244. maddenin son fıkrasında belirtilen şekillerde sisteme veya veriye müdahale edilmesi sonucunda taşınır bir malın yerinden alınmasının söz konusu olması halinde de hırsızlık suçunun oluşacağı belirtilmiştir. **Ketizmen** bu belirlemesine devamla şu hususlara yer vermiştir:

“Burada da faydalanmak için bir yerden malın alınması söz konusudur. Malın üzerinde tasarrufun nasıl yapılacağına ilişkin mal sahibinin iradesi devam etmekte ve bu açıdan mal bulunduğu yerden alınmakla, mal sahibinin egemenlik alanından çıkartılmaktadır. Bu haliyle TCK'nın 142. maddesinde hırsızlık suçunun ağırlatıcı nedeni olarak bilişim sistemlerinin kullanılmasının düzenlenmiş olması karşısında, nitelikli hırsızlık suçunun oluşabileceğini söylemek mümkündür. Yararın sağlandığı anın saptanması fiilin hangi suçu oluşturduğunun belirlenmesi bakımından ayrıca önem taşımaktadır. Taşınır malın elde edilmesinden önce herhangi bir yararın sağlandığı söylenemiyor ise, hırsızlık; yararın sağlanması malın bulunduğu yerden alınmasından önceki bir aşamada gerçekleşmesi ve malın elde edilmesinin tali bir durum olarak ortaya çıkması halinde ise 244/son maddedeki suç kapsamında değerlendirilebilecektir.¹⁶

Verinin hukuki niteliği ve Türk Ceza Kanunu'nda veri ile ilgili herhangi bir tanıma yer verilmediğine ilişkin belirlemelerden sonra, konunun Ceza Hukuku'nun genel ilkeleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

16 **Ketizmen**, s.236

TCK'nın 2. maddesinde,

“Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükümlenemez. Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.”

şeklindeki hükme yer verilerek suçta ve cezada kanunilik ilkesi vurgulanmıştır.

Anayasa'nın 38. maddesinde de **“Kanunsuz suç ve ceza olmaz”** denilmek suretiyle bu ilkenin önemi belirtilmiştir.

Kanunda “veri” tanımının hiçbir şekilde yer almaması ve herhangi bir düzenlemeye atıf yapılmaması karşısında, 141. maddeyi geniş yorumlayarak verinin taşınır bir mal olarak kabul edilmesi yukarıda belirtmiş olduğumuz ilkeye tamamen aykırılık teşkil edecektir. Bu şekilde tanımlanmamış bir belirlemeyi, suçun unsuru haline getirmek, bu şekilde kıyas yapmak hukuken hatalı olacaktır.

Önemle belirtmek gerekir ki, inceleme konusu olayda somut hiçbir şey el değiştirmemektedir. Kaydı olarak yapılan işlemler neticesinde kişi menfaat temin etmektedir. Dolayısıyla ortada, 141. madde kapsamında ifade edilebilecek bir taşınır mal söz konusu olmamaktadır. Fail, kişinin bilgisayar ortamında mevcut verileri üzerinde işlem yapmak suretiyle çıkar sağlamaktadır ki, bu da 244/4. maddesi kapsamında değerlendirilmelidir.

Doktrinde Kurt, “hesaplar arasında para aktarımı yapıldığında suç 142/2-e maddesinde yer alan suçu, hesapları dengeleyici tarzda bir hesabın verilerinin arttırılarak diğer hesabın verilerinin düşürülmesi söz konusu ise 244/4. maddedeki suçun oluşacağını belirtmiştir.¹⁷ Bu görüşe göre, kişinin başka bir hesaptan kendi hesabına para göndermesi halinde hırsızlık suçu oluşacak, kişi sadece farklı iki hesap arasında hesapları dengelemek amacıyla işlem yaparsa bilişim suretiyle haksız çıkar sağlama suçu oluşacaktır. Bu yöndeki bir değerlendirme hatalı olacaktır.

17 Kurt, s.171

Zira failin bir başkasının hesabından kendi hesabına para aktarması ile iki farklı hesap arasında dengeleyici işlem yapması arasında fark bulunmamaktadır. Kanun metninde, kişinin kendisine veya bir başkasına yarar sağlamasından bahsedilmesi sebebiyle, hesaplar arasında işlem yapılmasında üçüncü kişi lehine çıkar sağlanmaktadır ki, bu da 244/4. maddedeki suçu oluşturacaktır.

Sonuç olarak, yukarıda ortaya koyduğumuz açıklamalar çerçevesinde, özellikle Anayasa'nın 38. maddesinde ve yine TCK'nın 2. maddesinde yer alan "Kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesi ile TCK'nın 3. maddesinde yer alan "Kıyas ve genişletici yorum" yasakları karşısında, belirtilen fiili, TCK'nın 142/2-e maddesinde belirtilen hırsızlık suçu kapsamında değerlendirilmek hatalı olacaktır.

Kara Para Aklama Suçu

Guy Stessens* / Çev. Yasemin Antakyalıoğlu-Ömer Bayraktar

1. Bağlam

Kara para aklama suçu ile mücadelede iki ayrı yaklaşım, bir gelişim süreci içerisinde yer almaktadır. Bunlardan ilki önleyici nitelikte bir yaklaşım olup; çoğunlukla bankacılık hukuku alanına yerleşiktir. İkinci yaklaşım ise baskılayıcı nitelikte olup, ceza hukuku alanına yerleşiktir. Başka bir vesile ile Amerikan ve İsviçre Hukuklarındaki yaklaşımlar temelinde karşılaştırarak ortaya koymuş olduğum üzere¹, söz konusu yaklaşımları birbirlerinden tamamen ayırıp değerlendirmek doğru olmayıp, bilakis bunların birbirleriyle ilişkili olarak incelenmesi gerekmektedir. Kara para aklama suçunun önlenmesi niteliğinde olan birçok ekonomi hukuku kuralı, dolaylı olarak baskılama amacına yönelmiştir ve kara para aklama suçunun önlenmesi çoğunlukla ceza yaptırımları tehdidi ile de desteklenmektedir. Bu genel sonuç, esasen Avrupa Ceza Hukuku bakımından da geçerli nitelikte olup, aynı zamanda Avrupa Topluluğu'nun birinci sütunu ile Avrupa Birliği'nin üçüncü sütunu arasındaki tipik olarak "Avrupalı" niteliğindeki ikilik tarafından daha da güçlendirilmiştir. Dolayısıyla, Avrupa Kara Para Aklama Hukukuna ilişkin bu küçük katkı, yalnızca AB Ceza Hukuku ile sınırlı tutulmamakta, AT Hukukunu da kapsamaktadır.

Gerçekten de, Avrupa Birliği Anlaşması'nın VI. Bölümü'nde kara para aklama ile cezai anlamda mücadeleye yönelik önlemlerin alınmasından uzun zaman önce, Avrupa Topluluğu, 10 Haziran 1991 tarihli Mali Sistemin Kara Paranın Aklanması Amacıyla Kullanılmasının Önlenmesi hakkındaki Konsey Yönergesi'ni kabul etmiştir². Bu Yönerge,

* Yönetici, Avrupa Birliği Konseyi Genel Sekreterliği, Adalet ve İçişleri Genel Müdürlüğü, yargısal işbirliği Bölümü. Bu makalede açıklanan görüşler yazarın kişisel görüşleri olup, çalışmakta olduğu kurumun görüşleri ile aynı doğrultuda olmaları zorunlu değildir.

1 G. Stessens, *Money Laundering, A New International Law Enforcement Model*, Cambridge University Press, 2000, s. 82-112.

2 OJ No. L 166, 28.6.1991, s. 77.

2001³ ve 2005⁴ yıllarında iki kere değişikliğe uğramış olmasına rağmen, kara para aklama eylemlerini yasaklayan çekirdek hükümlerde herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

Kesin bir dille saptanmalıdır ki, Kara Para Aklama ile ilgili Yönerge, kara para aklama eyleminin suç olarak düzenlenmesine değil, şüpheli ticari faaliyetlerin veya diğer bazı önleyici yükümlülüklerin ihlalini bildirme yükümlülüğüne yöneliktir, zira Yönerge kendi başına kara paranın aklanmasını suç haline getirme yönünde bir yükümlülük getirileceğini ima dahi etmemektedir. Bunun sonucunda, Avrupa Topluluğu'na Üye Devletler, kara para aklama eylemlerini suç olarak değil, idari bir yönden tanımlama konusunda takdir yetkisine sahip bulunmaktadır ve bunun sonucunda, aynı ülkede kara para aklama ile ilgili adli ve idari anlamda iki ayrı tanımın birlikte ortaya çıkması mümkün olmaktadır.

Her ne kadar Yönerge, başlığı itibariyle, kara para aklamanın baskılanmasından ziyade kara paranın aklanmasının önlenmesi amacına yönelik olsa da, yönergenin hukuki temeli şiddetli bir tartışmaya konu olmuştur. Yönergenin Giriş bölümü, Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın iki hükmüne işaret etmektedir. Bunlar, Antlaşma'nın serbest meslek mensuplarının ödemelerinin ve faaliyetlerinin takibi konusundaki hükümlerde eşgüdüm sağlanmasına ilişkin 57/2. maddesi ve tek pazarın kuruluşu ve işlevlerini devam ettirebilmesini teminen kanuni, düzenleyici ve idari hükümlerin yakınlaştırılmasına ilişkin önlemleri içeren 100(a) maddesidir. Önleyici nitelikteki bu gibi tedbirlerin alınmaması halinde, kara para aklayan kişilerin, bütünleştirilmiş mali alandan kaynaklanan sermayenin serbest dolaşımından ve mali hizmetler sağlama özgürlüğünden faydalanıp, bunları kendi lehlerine kullanabilecekleri korkusu yayılmıştır⁵. Avrupa Adalet Divanı'nın içtihat hukuku, ulusal makamların, kara para aklamayla mücadelede sermaye dolaşımını kısıtlama yetkilerinin neredeyse hiç bulunmadığını ortaya konulmuştur. En az iki olayda Adalet Divanı, ulusal makamların, Avrupa Birliği içerisinde para ihracını ön

³ 4 Aralık 2001 tarihli, 32001/97/EC sayılı Yönerge, *OJ* No. L 134, 28.12.2001, s. 76.

⁴ Mali sistemin kara paranın aklanması ve terörizmin finansmanı amacıyla kullanılmasının önlenmesi hakkında 26 Ekim 2005 tarihli ve 2005/60/EC sayılı Yönerge, *OJ* No. L 3, 25.11.2005, s. 15.

⁵ Kara Paranın Aklanması Yönergesi'nin Giriş bölümünün ikinci maddesi. Ayrıca bkz. G.W. Smith, "Competition in the European Financial Services Industry: The Free Movement of Capital versus the Regulation on Money Laundering", *U.Pa.J.Int.Bus.L.* (1992) 101-140.

izne tabi tutamayacaklarına karar vermiştir⁶. Mali araçların kara para aklama amacıyla kullanılmasını engellemek için öngörölmüş olan her kanuni önlem, mali kurumları ağır bir yük altına soktuğu için, “oyun alanını düzleştirmek” ve rekabet ortamında oluşabilecek çeşitli çarpıklıklardan kaçınmak amacıyla Topluluk düzeyinde gerekli bir takım önlemlerin alınması da önem arz etmektedir.

Yönerge, hukuki temeli bakımından sadece politik anlamda değil (bkz. örn. Britanya Hükümeti'nin tavrı⁷), ayrıca öğreti düzeyinde de çeşitli tartışmalara sebebiyet vermiştir⁸. Yönergenin hazırlanış ve kabul ediliş sürecinde, (organize) suç ve özellikle de kara para aklama suçu ile mücadele amacıyla hazırlanmış olduğu çok açık bir gerçektir. Yönergenin Giriş bölümünde başta, Yasadışı Narkotik ve Psicotrop Maddelerle mücadele hakkında 1988 tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve 1990 tarihli Avrupa Konseyi Kara Para Aklama Sözleşmesi olmak üzere açıkça, kara para aklama ile mücadelede hazırlanmış uluslararası alandaki diğer metinlere de atıfta bulunulmuştur. Avrupa Topluluğu Konseyi ayrıca 22 Ekim 1990'da da Viyana Sözleşmesi'ne katılma kararı almıştır⁹. Ayrıca söz

-
- 6 Adalet Divanı, 23 Şubat 1995, *Bordessa*, ECR (1995), 361; bkz. M. Dassese'nin “La lutte contre le blanchiment et la fraude fiscale ne donne pas aux autorités tous les droits”, *J.D.F.* (1995), 242 ve F. Castillo de la Torre'nin *C.M.L.R.* (1995), 1025'te yer alan karar incelemeleri. Adalet Divanı, İspanyol mercilerinin nakit para ihracını ön *bildirime* bağlı tutabileceğini kabul etmiş, ancak bir ön iznin, Antlaşma'nın 67'nci maddesinin uygulanmasına ilişkin 24 Haziran 1988 tarihli ve 88/361/EC sayılı Konsey Yönergesi'nin 1 ve 4'üncü maddelerine aykırılık teşkil ettiği sonucuna varmıştır, *OJ* No. L178, 08.07.1988, s. 5. Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın, Avrupa Birliği Antlaşması tarafından yürürlüğe konan 73B maddesi bağlamında Adalet Divanı aynı doğrultuda hükme varmıştır: Adalet Divanı, 14 Aralık 1995, *L.E.Sanz de Lera e.a.*, ECR (1995), 4821; aynı zamanda bkz. F. Castillo de la Torre'nin karar incelemesi, *C.M.L.R.* (1996), 1065.
- 7 Bkz. P.J. Cullen, “Money Laundering: The European Community Directive”, in *Money Laundering*, The David Hume Institute (Edinburgh University Press, 1993), s. 37.
- 8 Bkz. P.J.Cullen, “Money Laundering”, 34-38; M. Dassesse, “Les rapports entre la proposition de directive blanchiment et la seconde directive bancaire de décembre 1989. Incohérences et contradictoires”, *Banque et Droit – Numéro spécial* (1990), 14; A. Ewing, “The Draft EEC Money Laundering Directive: An Overview”, *Journal of International Banking Law* (1991), 140; K.D. Magliveras, ‘Defeating the Money Launderers-the International and European Framework’, *J. Bus. L.* (1992), 171-172; J. Pardon, ‘Le blanchiment de l'argent et la lutte contre la criminalité axée sur le profit’, *R.D.P.* (1992), 741-757; J. Pardon, ‘Le blanchiment de l'argent. Aspects internationaux et européens’, *Banque et Droit-Numéro spécial* (1990), 11; J.J.E. Schutte, ‘Strafrecht in Europees verband’, *Justitiële Verkenningen* (1990, No.9), 15 and J.P. Van Soest, ‘Europees witwassen’, in *Misdaadgeld*, P.C. Van Duyn, J.M. Reijntjes and C.D. Schaap (eds.) (Arnhem: Gouda Quint, 1993), a. 149.
- 9 Avrupa Ekonomik Topluluğu adına, Birleşmiş Milletler Narkotik ve Psicotrop Maddelerle Mücadele hakkındaki Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin kabulü hakkında 22 Ekim 1990 tarihli Konsey Kararı, *OJ* No. L 326, 24.11.1990, s. 56.

konusu Yönerge, 1 Ocak 1993 tarihi itibariyle iç sınırların kalktığı kabul edilen Avrupa'da, organize suç ile mücadele için tasarı olarak hazırlanan tüzük ve yönergelerden biridir¹⁰. Özellikle Avrupa Parlamentosu, uyuşturucu suçluluğu ile ve (uyuşturucu vasıtasıyla temin edilen) kara paranın aklanması suçları ile mücadelede çok ciddi faaliyetlerde bulunmuştur¹¹.

Esasen Komisyon'un kara para aklama amacıyla finansal sistemin kullanılmasının önlenmesi ile ilgili orijinal teklifi¹², Üye Devletlerin kara para aklama için cezai müeyyideler öngörmelerine yönelik yükümlülükleri de içermekteydi. Ancak çeşitli Üye Devletlerin karşı çıkmaları nedeniyle, getirilmek istenen cezai müeyyide öngörme yükümlülüğü, (her ne ad altında olursa olsun) kara para aklamayı yasaklama yükümlülüğüne dönüştürüldü. 1991 yılındaki hakim görüşe göre; Avrupa Topluluğu, cezai müeyyideler ortaya koyma konusunda hukuki anlamda yetki sahibi bulunmadığından, Yönerge'nin 2. maddesi yalnızca kara para aklamanın yasaklanması gerektiğini belirlemekte, 14. madde ise, Yönerge'yi izleyerek getirilecek önlemlerin ihlali durumunda ne gibi yaptırımların uygulanacağını saptamaktan kaçınmaktadır. Günümüzde ise, Avrupa Adalet Divanı'nın Çevre Hukuku Yönergesi kapsamında verdiği emsal kararlardan yola çıkarak tartışmalar bugün gerçekleştirilirse farklı sonuçlara ulaşmasının mümkün olduğu tespit edilebilir¹³.

Bununla birlikte, Yönerge'nin kabul edilmesi sürecinde, Üye Devletlerin Hükümet Temsilcileri; Yasadışı Narkotik ve Psikotrop Maddelerle Mücadele hakkında 1988 tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne ve 1990 tarihli Avrupa Konseyi Kara Para Aklama Sözleşmesi'ne atıfta buldukları bir bildiri kaleme almışlardır. Söz konusu bildiride, Yönerge'de yer

¹⁰ Bkz. narkotik ve psikotrop maddelerin gayrimeşru üretilmesine yönelik bazı maddelerin dağıtımının önlenmesi için önlemler alan 13 Aralık 1990 tarihli ve (EEC) No. 3677/90 sayılı Konsey Tüzüğü, *OJ* No. L357, 20.12.1990, s. 1; narkotik ve psikotrop maddelerin gayrimeşru üretilmesine yönelik bazı maddelerin dağıtımının önlenmesi için önlemler alan 13 Aralık 1990 tarihli ve (EEC) No. 3677/90 sayılı Konsey Tüzüğünü değiştiren 31 Mart 1992 tarihli ve 900/92 sayılı Konsey Tüzüğü ile değişik, *OJ* No. L 96, 20.04.1992, s. 1. Aynı zamanda bkz. narkotik ve psikotrop maddelerin gayrimeşru üretiminde kullanılan bazı maddelerin üretimi ve piyasaya sürülmesi hakkında 14 Aralık 1992 tarihli ve 92/109/EEC sayılı Konsey Yönergesi, *OJ* No. L 370, 19.12.1992, s. 76.

¹¹ Bkz. K.D. Magliveras, 'Defeating the Money Launderers', 167-168.

¹² *OJ* No. C 106, 28.4.1990, s. 6.

¹³ C-176/03 Esas sayısı ile *Commission v Council*, 13 Eylül 2005 tarihli Karar. Bkz. D. Pichouste, 'La compétence pénale de la Communauté', *Journal des tribunaux du droit européen* (2006), 110-116.

alan kara para aklamanın tanımının, yukarıda adı geçen Sözleşmelerdeki ilgili hükümlerden yararlanılarak oluşturulduğu belirtilmektedir. Hükümet temsilcileri, “[bu] araçlardan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmek için gerekli ceza mevzuatını kabul etmek için 31 Aralık 1993 tarihine kadar gerekli adımları atmak sorumluluğunu üstlenmişlerdir”. Yönergede cezai yaptırımların belirlenmesi ve çeşitli suç tiplerinin tanımlanması, bazı imkânsızlıklar (aslında bazılarının dediği gibi siyasi irade eksikliği) sebebiyle mümkün olmasa da, Yönergeye eklenen hükümetler arası bir bildiri ile bu durumun etrafından dolanılmıştır¹⁴.

Tüm bu faktörler bizi, her ne kadar görünüşte önleyici bir niteliğe sahipse de, Yönerge'nin, kara para aklama ile ilgili hukukun uluslararası alanda uygulanma rejiminin ayrılmaz bir parçası olduğu sonucuna götürmektedir. Bu görüş ayrıca Avrupa Parlamentosu'nun “Cooney Raporu” adıyla anılan raporunda da tespit edilmiştir¹⁵. Aynı şekilde, Komisyon'un Kara Para Aklama Yönergesi'nin uygulaması hakkında hazırlamış olduğu ilk raporda da bu sonuca varılmıştır¹⁶. Yönergenin üye ülkelerin iç hukuklarında yer alan ceza hukuku normlarını etkilediği, Komisyon tarafından da açık bir şekilde onaylanmıştır. Üye ülkeler, özellikle Yönergenin 3. maddesinde yer alan kara para aklama fiilinin yasaklanmasını, ceza hukuku aracılığıyla kendi iç hukuklarında da uygulamışlardır¹⁷.

Avrupa Topluluğu'nun kurumsal bağlamı haricinde Yönergenin hukuki zeminine yönelik tartışma, aynı zamanda hukukun uluslararası alanda uygulanmasının geçirmiş olduğu evrim sürecini ortaya koyması açısından da çok güzel bir örnek teşkil etmektedir. Bu da, ulusal kanun koyucuların sahip olduğu gücün, çoğu devletin dokunulmaz saha (*chasse gardée*) olarak değerlendirdiği ceza hukuku alanında dahi, erimekte olduğunun bir göstergesidir. Bu evrim süreci, Avrupa Adalet Divanı'nın, yukarıda da adı geçen, Çevre Hukuku Yönergesine yönelik davada verdiği emsal karar ile de pekişmektedir.

¹⁴ OJ No L 166, 28.6.1991, s. 83.

¹⁵ *Report drawn up by the Committee of Enquiry on the spread of organized crime linked to drug trafficking in the Member States of the European Community*, A3-0358/91, 23.04.1992., p. 61).

¹⁶ COM/98/0401 son.

¹⁷ *First Commission's report on the implementation of the Money Laundering Directive (91/308/EEC) to be submitted to the European Parliament and to the Council* (Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 1995), s. 4.

2. Kara Para Aklama Suçlarının Tanımı

2.1. Kara Para Aklama Suçu Yönergesi

Kara Paranın Aklanması Yönergesi'nde, kara para aklama fiilinin üç çeşidine ilişkin yapılan tanımların tamamı, araç suça** yönelik atf konusunda farklılık içermekle birlikte, 1988 tarihli Birleşmiş Milletler Uyuşturucu Kaçakçılığı Sözleşmesi'nde yer alan 3(a) maddesinden hemen hemen aynı şekilde kopya edilip, Yönerge'nin 2. maddesinde yerini almıştır. Söz konusu üç suç tipi, araç suç ile kurulan bağa göre birbirinden ayrılmaktadır. Bu üç suç tipinde de, fail olduğu iddia edilen kişilerin, kazanılan malvarlığı değerlerinin bir suçtan kaynaklanmış olduğuna vakıf olmaları gerekmekte ise de; birinci suç tipi, ikinci ve üçüncüye oranla, kara para aklama eyleminin daha aktif bir çeşidini teşkil etmektedir, zira bu ilk suç tipinde, failin araç suça aktif bir katılımı aranmaktadır. Bu durum, üçüncü suç tipinde söz konusu değildir. Dolayısıyla bu suç tiplerini, aynı merkez etrafında çizilmiş ve bu merkezin de araç suç olarak belirlendiği, dışı doğru genişleyen üç halka olarak düşünebiliriz¹⁸; ancak bunlar arasında da, kara para aklamanın muhtemelen en tipik hali, ikinci suç tipi olarak karşımıza çıkmaktadır. 2. madde kapsamında suça katılmak, suç anlaşmasına varmak, teşebbüs etmek, yardım etmek, suçu teşvik etmek, eylemi kolaylaştırmak, fikri destek sağlamak eylemleri de suç olarak tanımlanmıştır.

Devletlere yalnızca kara paranın aklanmasını yasaklama yükümlülüğü getiren 1991 tarihli Kara Paranın Aklanması Yönergesi, ilke olarak uyuşturucu ticaretinden elde edilen malvarlığı değerleri ile (örn. Viyana Sözleşmesi'nin 3(a) maddesinde belirtilen suçlarla) sınırlı olmakla birlikte, devletlerin, bu suç tipinin uygulama alanını suç oluşturan başka eylemleri de kapsayacak şekilde genişletme imkanı tanımaktaydı. Kara

** Predicate offence: araç suç, öngelen suç. Kara para aklama suçuna konu olan malvarlığı değerlerinin elde edilmesini sağlayan ve bu suçtan önce işlenmiş olan, uyuşturucu ticareti veya terörizmin finansmanı gibi eylemleri ifade etmektedir. BM Sözleşmesi yalnızca uyuşturucu kaçakçılığından elde edilen malvarlığı değerlerinin aklanması konusuna yöneliktir (ç.n.).

18 D. Flore, 'Quelle répression pour le blanchiment des bénéfices tirés des fraudes?-Le droit international et comparé', in *De juridische bescherming van de financiële belangen van de Europese gemeenschappen*, F. Tulkens, C. Van den Wyngaert and Y. Verougstraete (eds.), (Antwerp: Maklu, 1992), s. 168.

Paranın Aklanmasına ilişkin İkinci Yönerge (2001) ise, Yönerge'nin kapsamını, Avrupa Topluluklarının Mali Çıkarlarının Korunması Sözleşmesi'nin 1(1) ve 2. maddelerinde tanımlanan, organize suçluluk ve en azından ciddi nitelikteki yolsuzluk suçları ile ilgili faaliyetlerden (ve bunlara iştirakten) elde edilen malvarlığı değerlerini içerecek şekilde genişletmiştir.

Kara Paranın Aklanmasına ilişkin Üçüncü Yönerge (2005), Üye Devletlerin 15 Aralık 2007 tarihine kadar "suç oluşturan faaliyet" kavramını, en azından aşağıda sıralanan örnekleri kapsamak üzere, ciddi bir suçun işlenmesine, suç oluşturan herhangi bir şekilde katılım olarak genişletmeleri konusunda çağrıda bulunmuştur. Şöyle ki;

- a) 13 Haziran 2002 tarihli ve 2002/475/JHA sayılı Terörle Mücadeleye Yönelik Çerçeve Karar'ın 1-4. maddelerinde sayılan fiiller;
- b) Yasadışı Narkotik ve Psikotrop Maddelerle mücadeleye yönelik 1988 tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 3/1(a) maddesinde yer alan herhangi bir suç tipi;
- c) Avrupa Birliği'ne Üye Devletlerdeki bir suç örgütüne üye olmanın suç olarak düzenlenmesi hakkındaki 98/733/JHA sayılı ve 21 Aralık 1998 tarihli Ortak Eylem'in 1. maddesinde tanımlanan faaliyetler,
- d) Avrupa Topluluklarının Mali Çıkarlarının Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin 1/1 ve 2. maddelerinde tanımlanan, en azından ciddi nitelikteki yolsuzluk fiilleri,
- e) Rüşvet,
- f) Hakkında azami had olarak bir yıl veya daha fazla özgürlüğü bağlayıcı ceza öngörülmüş olan veya bu süreyle tutuklama kararı verilebilecek bütün suçlar ile, hukuk sistemlerinde cezaların yalnızca asgari hadlerini belirten Devletler açısından, hakkında asgari had olarak altı ay veya daha fazla özgürlüğü bağlayıcı ceza öngörülmüş olan veya bu süreyle tutuklama kararı verilebilecek bütün suçlar.

2.2. Kara Paranın Aklanması, Suç Eşyasının ve Suçtan Elde Edilen Kazancın Tespiti, İzinin Sürülmesi, Dondurulması, Elkonması ve Müsaderesi Hakkındaki 26 Haziran 2001 tarihli Çerçeve Karar (2001)¹⁹

Uluslararası ceza hukukunun kara para aklama ile mücadeleye ilişkin temel araçları, Yasadışı Narkotik ve Psikotrop Maddelerle mücadele hakkında 1988 tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve 1990 tarihli Avrupa Konseyi Kara Para Aklama Sözleşmesi'dir. Her iki Sözleşme de Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi'nin himayesinde kabul edilmiştir; fakat 3 Aralık 1998'te Avrupa Birliği Konseyi bir Ortak Eylem kabul ederek, diğer bazı düzenlemeler yanında 1990 tarihli Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin uygulanma şeklini de saptamıştır. Suç eşyasının ve suçtan elde edilen kazancın tespiti, izinin sürülmesi, dondurulması, elkonması ve müsaderesine ilişkin bu Ortak Eylem²⁰, 2001 yılında bir Çerçeve Karar altında yeniden şekillendirilmiştir. Çerçeve Kararın 6. maddesine uygun olarak yayımladığı iki değerlendirme raporunda Komisyon; Üye Devletlerin, Çerçeve Kararı ve böylece dolaylı olarak 1990 tarihli Avrupa Konseyi Kara Para Aklama Sözleşmesi'ni ne şekilde uyguladığını göstermiştir. Konsey, 25 ve 26 Ekim 2004'teki toplantısında, Komisyon'un 5 Nisan 2004 tarihli birinci raporunu²¹ dikkate almış ve Çerçeve Kararların gereklerini henüz tamamen yerine getirmeyen Üye Devletlere gerekenleri yapmaları ve bu konuda kat ettikleri mesafe konusunda bilgi vermeleri talebinde bulunmuştur. İkinci bir Komisyon Raporu, Şubat 2006'da yayımlanmıştır²².

1990 tarihli Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin 6. maddesinde tanımlanan kara para aklama suçuna ilişkin olarak; Çerçeve Karar, Üye Devletlerin maddede yer alan ciddi nitelikteki suçlara yönelik çekince koymamak veya koymuş oldukları çekinceleri kaldırmak yönünde gerekli adımları atmalarını talep etmektedir. Bu nitelikteki suçlar, Çerçeve Kararın 2. maddesinde; "Hakkında azami had olarak bir yıl veya daha fazla özgürlüğü bağlayıcı ceza öngörülmüş olan veya bu süreyle tutuk-

¹⁹ OJ No. L 182, 05.07.2001, s. 1.

²⁰ OJ No. L 333, 09.12.1998, s.1.

²¹ COM(2004) 230, 05.04.2004.

²² COM(2006) 72, 21.02.2006.

lama kararı verilebilecek bütün suçlar ile, hukuk sistemlerinde cezaların yalnızca asgari hadlerini belirten Devletler açısından, hakkında asgari had olarak altı ay veya daha fazla özgürlüğü bağlayıcı ceza öngörülmüş olan veya bu süreyle tutuklama kararı verilebilecek suçları her durumda kapsaması gereken suç tipleri” olarak tespit edilmiştir.

İkinci değerlendirme raporunda; üç ‘eski’ ve iki ‘yeni’ Üye Devletin, Sözleşme’ye, Çerçeve Kararın 1(b) maddesine aykırılık teşkil eden çekişmeler koymuş oldukları sonucuna varılmıştır.

3. Cezalar

Kara Para Aklama Yönergesi, kara para aklama fiillerine açıkça cezalar öngörmemiş ve bu hususu bütünüyle Üye Devletlerin iç hukukuna bırakmıştır.

Kara Para Aklama Yönergesi’nin 39(1). maddesine (eski 14. madde) göre, Üye Devletler, Kara Para Aklama Yönergesi’ne uygun olarak kabul ettikleri ulusal düzenlemelere aykırılık hallerinde etkili, orantılı ve caydırıcı müeyyideler öngörmek zorundadırlar. Yukarıda da belirtildiği gibi, bu müeyyideler, idari veya cezai nitelikte olabilecektir.

Çerçeve Kararın 2. maddesi, her Üye Devletin “1990 tarihli Sözleşme’nin 6/1-(a) ve (b) maddelerinde belirtilmiş olan suçların, kendi cezalandırma sistemleri ile uyumlu olacak şekilde (...) üst sınırı 4 yıldan az olmayan özgürlüğü bağlayıcı cezalar ile cezalandırılabilmesini güvence altına almak için gerekli adımları atmalarını” talep etmektedir.

Komisyon’un ikinci değerlendirme raporunda Çerçeve Kararın 2. maddesinin uygulaması genel olarak olumlu değerlendirilmiştir. Ancak bu raporda temel eleştiri konusu, altı Üye Devlette, Çerçeve Kararın 2. maddesi ile uyumlu azami hadlerin, sadece mahkemenin nitelikli kara para aklama suçundan hüküm kurması halinde öngörülmüş olmasıydı.

4. Şirketlerin Cezai Sorumluluğu

Hem Çerçeve Karar hem de Kara Para Aklama Yönergesi, şirketlerin cezai sorumluluğu konusunda sessizliğini korumakta ve bu nedenle konu, Üye Devletlerin iç hukukuna ilişkin bir mesele olarak kalmaktadır. Bununla birlikte, Yönerge Üye Devletlerin kredi ve finans kuru-

luşlarına belirli yükümlülükler tesis etmesini şart koştuğu ve kara para aklama eylemlerini yasakladığı için, bu yasağın şirketler bakımından da sonuçlar doğurması kaçınılmazdır. Kara Para Aklama Yönergesi'nin 39(1). maddesi (eski 14. madde), Üye Devletlerin bu tür fiillere karşı Kara Para Aklama Yönergesi uyarınca öngörmekle yükümlü oldukları etkili, orantılı ve caydırıcı müeyyidelerin hem gerçek hem de tüzel kişiler bakımından uygulanabilir nitelikte olmasını gerektirmektedir.

5. Yargı Yetkisi

Yargı yetkisi konusunda Çerçeve Karar her ne kadar sessiz kalmakta ise de, Kara Para Yönergesi'nin bu sorun üzerindeki olası etkilerine göz atmak faydalı olacaktır. Mali sistemin kara para aklama amacıyla kullanılmasının önlenmesine ilişkin mevzuatın yer itibariyle uygulanması sorunu, doğal olarak bir mali hukuk sorunu olmakla birlikte, ulusal ceza hukuku üzerinde de bazı etkiler doğurabilecektir. Kara Para Aklama Yönergesi esasen ülkesellik ilkesi üzerine kuruludur. İdare merkezleri Topluluk dışında yer alan finans ve kredi kuruluşlarının şubeleri söz konusu olduğunda, ülkesel uygulama ilkesi, kaynağını Yönerge'nin 1. maddesinde bulmaktadır. Yönerge'nin 6. maddesi bunun dışında; finans kuruluşlarının bilgilendirme yükümlülükleri bakımından, bilginin, "bilgiyi aktaran kuruluşun bulunduğu Üye Devletin kara para aklama ile mücadele konusundaki yetkili birimine" aktarılması gereğine de işaret etmektedir. Bu anlamda ülkesel uygulama ilkesi, yerel devletin kara paranın aklanmasının önlenmesine ilişkin mevzuatının uygulanmasını ve, görüldüğü üzere, kara paranın tanımını dahi, otomatik olarak kapsam dışında tutmaktadır.

6. Sonuç

2005 yılında değişikliğe uğrayan 1990 tarihli Avrupa Konseyi Kara Para Aklama Sözleşmesi'nin²³ sağlamış olduğu temel başarı, malvarlığı değerlerinin tespiti, izlenmesi, dondurulması, bunlara elkonulması ve bunların müsaderesi hakkında somut bir yargısal işbirliği mekanizması tesis etmiş olmasıdır. Çerçeve Kararın 4. maddesi, Üye Devletlerin,

²³ Avrupa Konseyi Suçtan Kaynaklanan Kazancın Aklanması, Aranması, Elkonulması ve Müsaderesi ve Terörizmin Finansmanı Hakkında Sözleşme

“diğer tüm Üye Devletlerin malvarlığı değerlerinin tespiti, izlenmesi, dondurulması, bunlara elkonulması ve bunların müsaderesi hakkındaki taleplerinin, iç hukuktaki benzer önlemlerin gerektirdiği önceliğe sahip olacak şekilde işleme koymasını” talep etmektedir.

Avrupa Birliği'nin kara para aklama ile mücadele alanındaki işbirliği konusundaki temel başarısı ise bu Çerçeve Karar ile değil, fakat, International Criminal Law Review'ın bu sayısında^{***} başka makaleler altında değerlendirmelere konu olmuş olan Malvarlığı ve Delillerin Dondurulması hakkındaki 22 Temmuz 2003 tarihli Çerçeve Karar, Suçla Bağlantılı Eşyaların, Araçların ve Malvarlığının Müsaderesi hakkındaki 24 Şubat 2005 tarihli Çerçeve Karar ve Müsadere Emirlerinin Karşılıklı Tanınması İlkesinin Uygulanması hakkındaki 6 Ekim 2006 tarihli Çerçeve Karar ile sağlanmıştır.

^{***} Bu makalenin orijinal metninin yayımlandığı International Review of Criminal Law (Revue Internationale de Droit Pénal)'in 2006/1-2. sayısı, Avrupa Birliği Ceza Hukuku temasına ayrılmış olup, yazarın söz ettiği makalelerin bazılarının referansları şu şekildedir: Polyvios Panayides, “Freezing Property for Evidence”, RIDP 2006, 1-2, s. 143 vd.; Katalin Ligeti, “Mutual Recognition of Financial Penalties in the European Union”, RIDP 2006, 1-2, s. 145 vd.; Nicholas Kaye, “Freezing and Confiscation of Criminal Proceeds”, RIDP 2006, 1-2, s. 323 vd. (ç.n.)

Örgütlü Suçlar

Daniel Fontanaud* / Çev. Av. Aysun Dalkılıç

1. Giriş:

Avrupa Birliği, Amsterdam Anlaşması ve Örgütlü Suçlara Karşı İlk Mücadele Eylem Planı'nın oluşturulduğu 16-17 Haziran 1997 Amsterdam Avrupa Konseyi ile örgütlü suçlarla mücadele konusuna açıkça önem vermeye başladı. Daha öncesinde Konsey, 23 Kasım 1995 ve 20 Aralık 1996 tarihli Kararları ile uluslararası örgütlü suçlarla mücadele çerçevesinde tanıkların ve işbirlikçilerin korunmasına ilişkin düzenlemeler kabul etmişti. Daha sonra 1998'te, örgütlü suçlara katılmanın değişik şekillerini önlemek için hukuki kararname düzenlendi. Bu Belge, Avrupa Birliği üye devletlerinde örgütlü suçta iştirakin cezalandırılmasına ilişkin 21 Aralık 1998 tarihli 98/733/JAI sayılı Ortak Eylem Planı'ndan bahsetmektedir¹.

Bununla birlikte, suç örgütü, tanımlanması zor ve İngiliz hukukundaki "gizli anlaşma" veya Fransız Hukuku orijinalinde "suç örgütü"ne ilişkin ceza normları kadar düzenlenmesi hassas bir kavramdır. Kanunkoyucuların bu alanda yaklaşımı sadece iki seçenekten birini seçmek şeklindeydi. Bir kısmı Fransız Hukuku'ndan esinlenirken diğerleri ise Anglo Sakson hukukunu tercih etmekteydiler. Bu durum Ortak Eylem Planı'nın sadece düzenlemeler arasında uyum sağlayacağını düşünülmesine neden oldu.

Birkaç yıl sonra, Avrupa Komisyonu, cezai yaptırımlarda tam bir uyum sağlanması ve kanunkoyucular için ortak bir yaklaşım oluşturulması amacıyla, daha zorlayıcı ve etkili bir metnin Birlik tarafından kabul edilmesi gerektiği sonucuna vardı.

Böylece, terörizme ve diğer ağır suçlarla mücadele alanında girişim ve belli eylemlere ilişkin 29 Mart 2004 tarihli Genelge'de (yayınlanmamıştır), Komisyon, örgütlü suçla mücadelede kullanılan araçların

* Paris Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı

¹ Avrupa Birliği Resmi Gazetesi

Avrupa Birliği bünyesinde güçlendirilmesi gerektiğini ortaya koydu. Komisyon, bu Belgede, 1998 tarihli Ortak Eylem Planı'nın yerine yeni bir çerçeve kararın hazırlanması gerektiğini ortaya koydu. Komisyon, bu Belgede, 1998 tarihli Ortak Eylem Planı'nın yerine yeni bir çerçeve kararın hazırlanması gerektiğini bildirdi. Amsterdam Sözleşmesi'nden beri Birlikte bulunan cezai düzenlemelerde ortak bir yaklaşım oluşturmak için çerçeve karar niteliğinde bir metnin hazırlanması "reformun" bir parçası niteliğindedir. Aksi halde Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın uluslararası örgütlü suçla mücadele konusunda, uluslar arası bir çerçeve oluşturan "Palermo Konvansiyonu'nun" dikkate alınması uygun olacaktır. Nitekim bu metin Avrupa Komitesi tarafından 21 Mayıs 2004 tarihinde onaylanmıştır.

2. Suç haline getirme:

Halen yürürlükte olan 1998 Ortak Eylem Planı, suç örgütünü "ikiden fazla kişiden oluşan, süreklilik arz eden ve en az 4 yıl hürriyeti bağlayıcı ceza veya güvenlik tedbiri gerektiren bir suç işleyen ve böylece malvarlığı elde etmek ve kamu idarelerinin işleyişini haksız olarak etkilemek için bir araya gelen insan topluluğu" olarak tanımlamaktadır.

Avrupa Birliği kanunkoyucusu ayrıca en azından ağır suç işleme amacı olan örgüte katılmayı da cezalandırmaktadır.

Bununla birlikte, cezalandırma konusunda üye devletlere seçim hakkı tanınmaktadır. Aşağıda yazılan iki davranıştan en azından birinin cezalandırılması gerektiğini kabul etmektedir.

2. maddenin 1. paragrafı şu şekilde düzenlenmiştir:

"Örgütlü suçlarla mücadeleyi kolaylaştırmak için her üye devletin, şu iki hareketten birinin etkili, orantılı ve caydırıcı bir şekilde cezalandırılmasına çaba göstermesi gerekir:

- a) Örgütün suç işleme amacını ve isteğini bilerek, kasıtlı olarak,
 - 1. maddede belirtilen nitelikte bir suçun işlenmesine katılmış olsa hatta, üye devletin ceza hukukunun genel prensipleri korunmak şartıyla, suç işlenmemiş olsa bile, örgütün suç faaliyetlerine,

- 1. maddede belirtilen suçların işlenmesine yardım etmek için örgütün diğer faaliyetlerine katılan herkes cezalandırılmalıdır.
- b) 1. maddede belirtilen suçların işlenmesini sağlamak amacıyla, bu suçun işlenmesine katılmasa bile, bir veya birden fazla kişi ile anlaşma sağlayan herkes cezalandırılmalıdır.

Birinci seçenek, suç oluşturan hareketlere aktif olarak katılma veya suç örgütünün diğer faaliyetlerine katılmadır. Burada Fransız Hukuku'ndaki anlamıyla suç örgütüne yaklaşan objektif bir kavramdan bahsedilmektedir. Bu katılma, en azından suçun işlenmesinde hazırlık hareketlerine katılma şeklinde olmalıdır.

İkinci seçenek, suç işlenmesi için bir anlaşmaya katılma niteliğinde olup, fiziksel olarak bir suça veya hazırlık hareketine katılmayı kapsamaktadır. Bu daha subjektif bir kavramdır ve suçun işlenmesi amacıyla bir "anlaşma", "komplo" şeklinde ortaya çıkar.

Devletlerin hukuk düzenlerinde bu iki seçeneği birden cezalandırması da mümkündür.

Bununla birlikte, Belge, suç seçeneklerinden hangisi olursa olsun, üye devletlerin birbirlerine mümkün olan yardımı yapmalarını öngörmektedir. Suçun düzenlenmesinde farklı seçeneklere rağmen, çifte cezalandırmanın önlenmesi için genel bir prensipte işbirliği yapılması faydalı olacaktır.

19 Ocak 2005 Komisyonu tarafından oluşturulan Örgütlü Suçla Mücadeleye İlişkin Çerçeve Karar Önerisi'nde "örgütlü suç"un tanımı üzerinde durulmuş ancak Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın uluslararası örgütlü suçla mücadele konusundaki sadece bir düzenlemesi alınmıştır. Aslında, Öneri, örgütün amacının maddi çıkar sağlamak veya bir maddesel olanak sağlamak olduğunu belirtmekte ve örgütlü suç kavramını "yarar" kavramına dayandırmaktadır.

Örgüte katılmayı cezalandıran fikre göre ise; örgütün amacı "ağır suç" işlemek olmalıdır. Ortak Eylem Planı'nda olduğu gibi, cezalandırılabilir suçun üst sınırının en az 4 yıl veya daha ağır cezası olması gerekir.

Buna karşılık, cezalandırma seçeneğinin oluşmasında karışık bir tanım önerilmektedir. Bu öneri, Ortak Eylem Planı'nda öngörülme-

bazı katılma şekillerini de cezalandırmaktadır. Ayrıca, suç örgütünün yönetilmesi de yer almaktadır. Bunun yanı sıra, belge, kasıtlı bir şekilde, örgütün suç faaliyetlerine aktif olarak katılan veya bilgi veya materyal toplayan, yeni katılımcılar bulan, her türlü maddi gelir sağlayan ve bu yardımların örgütün suç işleminde yardımcı olacağını bilerek, örgütün diğer faaliyetlerini gerçekleştiren herkesin cezalandırılmasını öngörmektedir.

3. Cezalandırma:

Ortak Eylem Planı'nın, 2. maddesinde sadece cezanın etkili, orantılı ve caydırıcı olması öngörülmektedir.

Buna karşılık Önerinin 3. maddesi daha yenilikçidir ve gerçek bir cezai düzenleme oluşturmaktadır. Örgüte katılmanın değişik derecelerine göre öngörülecek en düşük hapis cezalarını belirtmektedir.

Örgütü yönetenler için, hürriyeti bağlayıcı cezanın üst sınırının 10 yıldan düşük olmaması gerektiği öngörülmektedir. Diğer suçlar için hürriyeti bağlayıcı cezanın üst sınırı 5 yıldan az olamaz.

Bunun yanı sıra, suç örgütü çerçevesinde işlenen suçların cezalarının belli miktarında ağırlaştırılması gerektiği belirtilmektedir. Örgüt çerçevesinde "mafya" veya diğer örgütlerde suç işleyen kişilere özgü tehlikelilik halini bir çeşit ağırlaştırıcı neden olarak kabul etmektedir.

Son olarak, Önerinin 4. maddesi, adli veya idari makamlara bazı faydalı bilgiler sağlayan veya suç faaliyetleri bildiren kişilere hafifletici neden uygulanabilmesine izin vermektedir.

4. Tüzel Kişiler

Ortak Eylem Planı'nın 3. maddesine göre her Üye Devletin kendi iç hukukunda belirtilen şekillere göre, tüzel kişilerin sorumluları tarafından işlenmiş suçlarda cezai sorumluluklar öngörülebilmektedir. Tabiki bu tüzel kişilerin cezai sorumluluğu olabileceği anlamına gelmez; ancak bu sorumluluk, bir suçun işlenmesi sebebiyle, cezai, hukuki veya idari olabilir.

Tüzel kişinin bu sorumluluğu, suçu işleyen veya suç ortağı olan gerçek kişilerin cezai sorumluluğu ile karşılaştırılmamalıdır.

Tüzel kişiyi ilgilendiren cezanın etkili, orantılı ve caydırıcı olması gerekir. Belge, cezanın malvarlığı ve ekonomik doğası olması gerektiğinin altını çizmektedir.

19 Ocak 2005 tarihli Çerçeve Kararı Önerisinin 5. maddesine göre; “Sorumluluk” kavramı, hukuki veya diğer sorumluluk kavramı ceza sorumluluğu şeklinde yorumlanmalıdır.

6. madde tüzel kişilere karşı öngörülen cezalardan bahsetmektedir. Bu cezalar etkili, orantılı ve caydırıcı olmalıdır.

5. Yetkiler

Ortak Eylem Planı'nın 4. maddesine göre, her üye devlet kendi topraklarında meydana gelen örgütlü suçla ilgili bütün faaliyetleri cezalandırma yetkisine sahiptir.

Üye devletler örgütlü suçla ilgili faaliyetleri bilmekle yetinmemeli, işbirliği içinde olmalıdır.

Çerçeve Karar Önerisinin “yetki ve yargılamada işbirliği” başlıklı 7. maddesi bulunmaktadır. Bu madde Ortak Eylem Planı'na göre yenilik içermektedir. Yetkiye ilişkin soruları düzenlemeksizin, belge asgari kural öngörmektedir. Bu kurala göre; örgütün kurulduğu veya eylemlerini gerçekleştirdiği yer neresi olursa olsun, üye devlet bir kısmı veya tamamı kendi topraklarında işlenen suçlarda, kendi yetkisini kullanabilir.

Birden fazla üye devletin yetkili olması halinde, devletler işbirliği içinde hareket etmeli ve suçun failinin kim tarafından yargılayacağına karar vermek için birbirlerine danışmalıdırlar. Bu amaçla, Eurojust kurulmuştur.

Ayrıca Öneri aşağıdaki hususlara katılmaktadır:

- Üye devlet kendi devletinde işlenen bütün suçlarda yetkilidir.
- Failin ikamet ettiği veya geçici olarak bulunduğu üye devlet yetkilidir.
- Mağdurun bulunduğu üye devlet yetkilidir.
- Failin bulunduğu üye devlet yetkilidir.

6. Koğuşturmanın Başlaması

Çerçeve Karar Önerisi'nin 8. maddesinde mağdura yardım ve mağdurun korunması konusunda düzenleme bulunmaktadır: Mağdurun şikayeti aranmaksızın örgüte katılma cezalandırılacaktır. Bu düzenleme, özellikle insan ticaretinde olduğu gibi örgütün mağdur üzerindeki baskısından dolayı kabul edilmektedir.

7. Sonuç

Avrupa Komisyonu 1998 Ortak Eylem Planı'nın yerine yeni bir belge önermektedir. Avrupa Parlamentosu kabul edilebilir bir fikir ortaya koymaktadır. Bununla birlikte, Konsey'de tartışmalar statükocu üye devletler tarafından devam ettirilmiştir. Sonuç olarak, Avrupa Komisyonu amaçlarına uygun bir metin oluşturamamıştır.

AİHS m.5 Kapsamında İngiltere ve Türkiye’de Terör İle İlgili Mevzuatlar ve Bunlara İlişkin AİHM Kararları

Stj. Av. Nil Melek Gültekin

GİRİŞ

Terörizmle mücadele etmek, insan haklarının ihlal edilmesi pahasına olmamalıdır.¹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi(AİHS) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi(AİHM) takdir yetkisi kapsamında devletlere terörizmle mücadele edebilmek için olağan koşullardakilerden daha önemli sınırlamalar yapma imkanı tanımaktadır; ancak bunların yine de sözleşmenin ve insan haklarını korumanın ruhuna aykırı olmaması gerekmektedir. Mahkeme de, devletlerin istinai olarak kullandıkları bu sınırlamaları ve bunların uygulanış biçimini denetlemektedir. Klass² davasında, Mahkeme taraf devletlerin terörizmle mücadele etme adı altında istedikleri her sınırlamayı yapamayacaklarını zira bunun demokrasiyi korumak adına aslında onu yok etmek anlamına geleceğini belirtmektedir.³ Nitekim Sözleşme’nin 5.maddesinin ilk fıkrasında genel olarak herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine hakkı olduğu belirtilmiş, ikinci cümlede ve sonraki 6 bentte ise bu özgürlüğün hangi durumlarda ve nasıl sınırlanabileceği belirtilmiştir.

Bu makalede, İngiltere ve Türkiye’nin terörizmle mücadele kapsamında oluşturmuş olduğu hukuki mevzuat incelenecek, daha sonra bu ülkeler hakkında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin vermiş olduğu önemli kararlara değinilecektir. Bu yazı kapsamında Türkiye ile İngiltere’nin incelenmek üzere seçilmiş olmalarının en önemli sebebi, bu iki ülkenin de senelerdir terörle mücadele etmek zorunda kalmış olmaları ve bu mücadelelerinde birtakım hukuki sınırları aşmak kaydıyla AİHM’den pek çok ihlal kararı almış olmalarıdır. Nitekim AİHM içtihat-

- 1 A. Işıl KARAKAŞ, “The European System For The Protection Of Human Rights And Terrosim”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt.1, Sayı.2 (2004), s.14.
- 2 Klass ve diğerleri Almanya’ya karşı, 5029/71, 6.9.1978.
- 3 KARAKAŞ, a.g.e., s.15.

larına bakıldığında, terörle mücadele konusunda alınan önlemler, yapılan hukuki düzenlemeler ve terörist olduğundan şüphelenilen kişilere uygulanan birtakım yaptırımlar açısından, en fazla ihlal kararı alan iki ülkenin İngiltere ve Türkiye olduğu görülmektedir.

İşbu yazının temel amacı, bu iki ülkenin mevzuatlarını AİHS'nin 5.maddesi kapsamında değerlendirmek ve bu iki ülkenin kişi hürriyetini ve güvenliğini terörle mücadele kapsamında ne derece ve nasıl sınırladığını ortaya koymaktır. Bu sınırlamaların AİHM tarafından Sözleşme'ye uygun olarak değerlendirilip değerlendirilmedikleri incelenecek, bu iki ülkenin bu alanda karşılaştırması yapılacaktır.

A – GENEL OLARAK AİHS 5. MADDE

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. Maddesi ile korunan temel değerler, kişilerin hürriyeti ve güvenliğidir. 5.maddeye göre

1. Herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine hakkı vardır. Aşağıda belirtilen haller ve yasada belirlenen yollar dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz.
 - a) Kişinin yetkili mahkeme tarafından mahkum edilmesi üzerine usulüne uygun olarak hapsedilmesi;
 - b) Bir mahkeme tarafından, yasaya uygun olarak, verilen bir karara riayetsizlikten dolayı veya yasanın koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması;
 - c) Bir suç işlediği hakkında geçerli şüphe bulunan veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olmak zorunluluğu inancını doğuran makul nedenlerin bulunması dolayısıyla, bir kimsenin yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulu durumda bulundurulması;
 - d) Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulu durumda bulundurulması veya kendisinin yetkili merci önüne çıkarılması için usulüne uygun olarak tutulu durumda bulundurulması;
 - e) Bulaşıcı hastalık yayabilecek bir kimsenin, bir akıl hastasının, bir alkoliğin, uyuşturucu madde bağımlısı bir kişinin veya bir

- serserinin usulüne uygun olarak tutulu durumda bulundurulması;
- f) Bir kişinin usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alı konmasını veya kendisi hakkında sınır dışı etme ya da geriverme işleminin yürütülmekte olması nedeniyle usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması;
2. Yakalanan her kişiye, yakalama nedenleri ve kendisine yöneltilen her türlü suçlama en kısa zamanda ve anladığı bir dille bildirilir.
 3. Bu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullara uyarınca yakalanan veya tutulu durumda bulunan herkes hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılır; kendisinin makul bir süre içinde yargılanmaya veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabilir.
 4. Yakalama veya tutuklu durumda bulunma nedeniyle özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, özgürlük kısıtlamasının yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar vermesi ve yasaya aykırı görülmesi halinde kendisini serbest bırakması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.
 5. Bu madde hükümlerine aykırı olarak yapılmış bir yakalama veya tutulu kalma işleminin mağduru olan herkesin tazminat istemeye hakkı vardır.

Bu maddeden anlaşıldığı üzere, herkes kişi güvenliği ve özgürlüğü hakkına sahiptir ve hiç kimse keyfi olarak özgürlüğünden mahrum bırakılamaz. Bu durumda bu maddenin kişilerin keyfi olarak yakalanması, gözaltına alınması ve tutuklanmasını engellediği söylenebilir. Mahkeme'nin içtihatlarında geliştirdiği üzere, Mahkeme bu madde dahil, maddenin koruduğu temel hakta sınırlama yapılabilmesi için birtakım kriterler belirlemiştir. Bu kriterlere göre; yapılacak sınırlama ancak kanunla düzenlenmiş olmalı, demokratik bir toplumda gerekli olmalı, ölçülü ve orantılı olmalıdır.

Sonuç olarak bu maddenin üç temel garanti getirdiği söylenebilir; kişi özgürlüğünün korunması, bu hak üzerinde yapılacak sınırlamanın

yalnızca bu maddede belirtilmiş sınırlamalardan olabilmesi ve özgürlüğünden mahrum kalmış kişilerin temel haklarının tanınması.

B – TÜRKİYE'DE TERÖRİZM İLE İLGİLİ MEVZUAT VE AİHM'NİN BU KONUDAKİ ÖNEMLİ KARARLARI

I. TÜRKİYE'NİN TERÖRİZM İLE İLGİLİ MEVZUATI

Terör Türkiye için yıllardır oldukça önemli bir sorun olmuş ve bu sorunun çözümlenmesi için hem askeri hem de hukuki mücadele verilmiştir. Bu amaçla Terörle Mücadele Kanunu yapılmış, buna ek olarak Ceza Muhakemesi Kanunu'nda buna ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Bu bölümde öncelikle Türkiye'nin mevzuatı ve daha sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye'ye ilişkin bu konudaki kararları incelenecektir.

Temel konumuz kişi hürriyeti ve güvenliği olduğundan Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki kişi güvenliğini sınırlayan hükümler ve Terörle Mücadele Kanunu'ndaki buna ilişkin hükümler öncelikle incelenmesi gereken konulardır. Anayasa'nın 19. Maddesi "*Herkes kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir*" kuralını koymakta, bu güvenlik sözkonusu kanunların belirli hükümleri ile sınırlanmaktadır. CMK m.90, m.91, m.98 ve m.100 kişi hürriyetini ve güvenliğini sınırlayıcı tedbirler olan yakalama, gözaltına alma ve tutuklamayı düzenlemekte, bu da AİHS 5.maddesi çerçevesinde yapılmaktadır. Burada, bu tedbirler uygulanırken, somut olayın özelliklerinin dikkate alınması gerektiği ve sırf soyut yasal dayanakların tekrar edilmesi ile bu tedbirlere başvurulmaması gerektiğine dikkat çekmek gereklidir.⁴ Nitekim ileriki bölümlerde incelenecek olan AİHM kararlarında Türkiye'nin bu sebeple daha önce mahkum olmuş olduğu görülecektir.

Anayasa'nın 13. Maddesi "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve Laik Cumhu-*

⁴ Ersan Şen, "İnsan Hakları ve Terör Bağlamında Yakalama, Gözaltına Alma, Arama, Elkoyma ve Tutuklama", **Terazi**, Cilt.4, Sayı.30 (Şubat 2009), s.16.

riyet'in gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz' demektedir. Kişi güvenliği ve hürriyeti de bir temel hak ve özgürlük olduğundan, bunun da ancak bu şartlarla sınırlandırılması gerekmektedir. Buna ek olarak, Anayasa'nın 19. Maddesinden anlaşıldığı üzere, tutuklanan kişilerin makul bir süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır.

a. Yakalama

Yakalama CMK'nın 90.maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, kişiye suçu işlerken rastlanması veya suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması hallerinde herkes tarafından geçici olarak yakalama yapılabilir. Ayrıca Kolluk görevlileri, tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde; Cumhuriyet savcısına veya âmirlerine derhâl başvurma olanağı bulunmadığı takdirde, yakalama yetkisine sahiptirler. Yakalama ayrıca CMK m.98'de de düzenlenmiştir. Buna göre:

- (1) Soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılmayan şüpheli hakkında, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından yakalama emri düzenlenebilir. Ayrıca, tutuklama isteminin reddi kararına itiraz halinde, itiraz mercii tarafından da yakalama emri düzenlenebilir.
- (2) Yakalanmış iken kolluk görevlisinin elinden kaçan şüpheli veya sanık ya da tutukevi veya ceza infaz kurumundan kaçan tutuklu veya hükümlü hakkında Cumhuriyet savcıları ve kolluk kuvvetleri de yakalama emri düzenleyebilirler.
- (3) Kovuşturma evresinde kaçak sanık hakkında yakalama emri re'sen veya Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim veya mahkeme tarafından düzenlenir.
- (4) Yakalama emrinde, kişinin açık eşkâli, bilindiğinde kimliği ve yüklenen suç ile yakalandığında nereye gönderileceği gösterilir.

b. Gözaltı

Bir diğer incelenmesi gereken madde ise gözaltına ilişkin 91. maddedir. Bu maddeye göre:

- (1) Yukarıdaki Maddeye göre yakalanan kişi, Cumhuriyet Savcılığınca bırakılmazsa, soruşturmanın tamamlanması için gözetim altına alınmasına karar verilebilir. Gözetim süresi, yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren yirmidört saati geçemez. Yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilme için zorunlu süre oniki saatten fazla olamaz.
- (2) Gözetim altına alma, bu tedbirin soruşturma yönünden zorunlu olmasına ve kişinin bir suçu işlediğini düşündürebilecek emarelerin varlığına bağlıdır.
- (3) Toplu olarak işlenen suçlarda, delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle; Cumhuriyet savcısı gözetim süresinin, her defasında bir günü geçmemek üzere, üç gün süreyle uzatılmasına yazılı olarak emir verebilir. Gözetim süresinin uzatılması emri gözetim altına alınana derhâl tebliğ edilir.
- (4) Yakalama işlemine, gözetim altına alma ve gözetim süresinin uzatılmasına ilişkin Cumhuriyet savcısının yazılı emrine karşı, yakalanan kişi, müdafii veya kanunî temsilcisi, eşi ya da birinci veya ikinci derecede kan hısımları, hemen serbest bırakılmayı sağlamak için sulh ceza hâkimine başvurabilir. Sulh ceza hâkimi incelemeyi evrak üzerinde yaparak derhâl ve nihayet yirmidört saat dolmadan başvuruyu sonuçlandırır. Yakalamamanın veya gözetim altına alma veya gözetim süresini uzatmanın yerinde olduğu kanısına varılırsa başvuru reddedilir ya da yakalananın derhâl soruşturma evrakı ile Cumhuriyet Savcılığında hazır bulundurulmasına karar verilir.
- (5) Gözetim süresinin dolması veya sulh ceza hâkiminin kararı üzerine serbest bırakılan kişi hakkında yakalamaya neden olan fiille ilgili yeni ve yeterli delil elde edilmedikçe ve Cumhuriyet savcısının kararı olmadıkça bir daha aynı nedenle yakalama işlemi uygulanamaz.
- (6) Gözetim altına alınan kişi bırakılmazsa, en geç bu süreler sonunda sulh ceza hâkimi önüne çıkarılıp sorguya çekilir. Sorguda müdafii de hazır bulunur.

Bu maddede üzerinde durulması gereken iki nokta vardır. Birincisi, 3.fıkradan anlaşılacağı üzere toplu işlenen suçlarda, ki terörizm de bunun kapsamına girebilecektir, gözaltı süresi toplam 4 güne kadar uzatılabilir. Burada önemli olan husus, bu uzatma kararı verilirken her seferinde somut olayın özelliklerine değinilmesi gerektiği ve bu uzatmanın hangi sebeplerle verildiğinin belirtilmesi gerekmektedir. Nitekim AİHM içtihatlarında da bu konuya değinilmiş, yalnızca yasal dayanakların bu uzatma için yeterli bir sebep olmadığına dikkat çekilmiştir. İpek ve diğerleri/Türkiye⁵ davasında, Mahkeme, 16 yaşında olan 3 başvuru-cunun PKK terör örgütü ile bağlantıları olduğu gerekçesi ile hakim önüne çıkarılmadan 3 gün ve 9 saat gözaltında tutulmalarının AİHS 5/3. Maddesinin ihlaline yol açtığına karar vermiştir. AİHM, olayda, CMK'ya göre toplu suçlarda en fazla 4 gün olan sürenin her seferinde birer gün uzatılabileceğine ve bu kararın somut olayın özelliklerine ilişkin gerekçelere dayanması gerektiğine dikkat çekmiştir. Karara konu olan olayda ise gözaltı süresince başvuru tek soruşturma tedbirinin yakalamadan 2 gün sonra ve hakim önüne çıkarılmadan 1 gün önce şüphelilerin ifadelerinin alınmasıdır ve yakalananların müdafii yardımından faydalandırılmamaları Mahkeme'nin ihlal kararı vermesine sebep olmuştur. CMK'nın 91. Maddesinde, gözaltı süresinin 4 güne kadar uzatılmasının delil toplama zorluğu ve şüpheli sayısının çokluğu sebebiyle yapılabileceği belirtilmişken, olayda şüphelilerin gözaltında tutuldukları 3 gün ve 9 saat boyunca, 2 gün sonra ifadelerini almak dışında hiçbir soruşturma tedbirine başvurulmaması hem kanuna, hem de AİHS'e aykırı olmuştur.

c. Tutuklama

Tutuklama ise, Türkiye'de oldukça sorunlu bir alandır. Kişiler, uygulamada işledikleri suçun ağırlığının gerektirdiği hapis cezasının uzunluğu ve ağırlığı nedeniyle tutuklanmakta, aylarca, hatta bazen yıllarca tutuklu kalabilmektedirler. Bu durum da doğal olarak AİHS'in 5.maddesini ihlal etmektedir. Tutuklama CMK'nın 100.maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre:

- (1) Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında

5 İpek ve diğerleri Türkiye'ye karşı, 17019/02 ; 30070/02, 3.2.2009.

tutuklama kararı verilebilir. İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez.

(2) Aşağıdaki hallerde bir tutuklama nedeni var sayılabilir:

- a) Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular varsa.
- b) Şüpheli veya sanığın davranışları;
 1. Delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme,
 2. Tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma,

hususlarında kuvvetli şüphe oluşturuyorsa.

Bu fıkralarda sayılanlar haricinde aynı maddede birtakım suçlar sayılmıştır ve bu suçların işlendiği hususunda “kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde tutuklama nedeni var sayılabilir” denmektedir. Bu suçlar;

- a) 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;
 1. Soykırım ve insanlığa karşı suçlar (Madde 76, 77, 78),
 2. Kasten öldürme (Madde 81, 82, 83),
 3. (Ek bent: 06/12/2006 - 5560 S.K.17.md) Silahla işlenmiş kasten yaralama (madde 86, fıkra 3, bent e) ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama (madde 87),
 4. İşkence (Madde 94, 95)
 5. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, Madde 102),
 6. Çocukların cinsel istismarı (Madde 103),
 7. (Ek bent: 06/12/2006 - 5560 S.K.17.md) Hırsızlık (madde 141, 142) ve yağma (madde 148, 149),
 8. Uyuşturucu veya uyarıcı Madde imal ve ticareti (Madde 188),
 9. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, Madde 220),
 10. Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar (Madde 302, 303, 304, 307, 308),
 11. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (Madde 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315),

- b) 10.7.1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (Madde 12) suçları.
- c) 18.6.1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanununun 22 nci Maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu.
- d) 10.7.2003 tarihli ve 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.
- e) 21.7.1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü Maddelerinde tanımlanan suçlar.
- f) 31.8.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanununun 110 uncu Maddesinin dört ve beşinci fıkralarında tanımlanan kasten orman yakma suçları.

Bu maddenin metninde önemli olan husus, bu suçların işlenmesine dair kuvvetli şüphe bulunması halinde, kanunun hakimlere şüpheliyi tutuklamaları için emir vermediği, yalnızca “tutuklama nedeninin var olduğunun sayılabileceğini” söylemesidir. Tutuklama bir ön ceza değil, bir koruma tedbidir; bu sebeple bu maddeden anlaşıldığı üzere, tutuklama istisnai bir tedbirdir ve kanun hakimlere, bu maddede sayılan durumlarda tutuklama kararı verilmesini değil, “verilebileceğini” belirtmektedir. Ancak uygulamada hakimler çoğu zaman bu maddede sayılan suçların işlendiğine dair kuvvetli şüphe olduğunda, otomatik olarak şüphelileri veya sanıkları tutuklamaktadırlar. Bunun bir diğer sebebi ise hakimlerin hissettikleri baskıdır. Kendilerine bu tutuklamanın kanun tarafından zorunlu olarak getirilen bir kural olmadığı, tutuklama kararını vermeyebilecekleri söylediği zaman, topluma nasıl hesap vereceklerini düşündüklerini söylemektedirler. Toplumun nazarında, tutuksuz yargılanmak üzere serbest bırakılmak adaletsizliği ve haksızlığı temsil etmekte; toplum, bu kişiler gerçekten suçlularsa ve hüküm giyerlerse zaten gereken cezayı çekeceklerini anlamamaktadır. Bu nedenle Türkiye’de uygulamada, tutuklama nedeninin var sayılabileceği belirtilen suçlarda, hakimler genelde yargılama aşamasında otomatik olarak tutuklama kararı vermekte, tutuklamaya yapılan itirazları reddederken de “*dosya münderecatından anlaşıldığı üzere, suçun niteliği ve delil durumu*” gibi basmakalıp ifadeler kullanmaktadırlar.

Bu uygulama AİHS'in 5.maddesine de aykırıdır. Nitekim Vayıç/Türkiye⁶ kararında terör örgütü üyesi olduğu iddiasıyla yakalanan ve gözaltına alınan başvuruçunun tutukluluk durumuna itirazları devamlı olarak "suçun niteliği ve delil durumu" gerekçesi ile reddedilmiş, aynı gerekçelerle tutukluluk süresi devamlı uzatılmıştır. Bu gerekçelerin birbirinin aynı ifadeler olması ve bu gerekçelerle verilmiş olan tutukluluk süresinin 5 yılı aşması, AİHM tarafından Sözleşme'nin 5/3.maddesinin ihlali olarak değerlendirilmiştir. Bir benzer olay Kemal Koçak/Türkiye davasında olmuş, Koçak'ın PKK'ya ait bir tabanca bulundurması sebebiyle 7 sene tutuklu kalması ve tutukluluğun aynı basmakalıp ifadelerle sürekli uzatılmasının Sözleşme'nin 5/3.maddesini ihlal ettiğine karar verilmiştir. Mahkeme tarafından verilen ihlal kararları bazen çok daha kısa tutukluluk sürelerine ilişkin olabilmektedir. Mahkeme tutuklama kararının ihlal yaratmış olup olmadığına somut olayın özelliklerine göre karar vermektedir. Her somut olayda makul sınırın aşıp aşılmadığına ayrıca bakılmaktadır.

d. Terörle Mücadele Kanunu

Terörle Mücadele Kanunu'nun 7.maddesindeki atıfla terör örgütü kurmaya ilişkin suçlar TCK m.314'e göre cezalandırılacaktır. TCK m.314 silahlı örgüt kurma suçunu düzenlemektedir ve buna ek olarak daha genel bir düzenleme olan "Suç işlemek amacıyla örgüt kurma" suçunu düzenleyen TCK m.220'ye de bakılacaktır. İşte bu sebeple, tutuklama süreleri ve yetki de CMK'nın 250, 251 ve 252. maddelerine bakılarak belirlenir. CMK m.250'ye göre, terör suçları da bu madde kapsamına girmekte, bu sebeple yargılama özel yetkili ağır ceza mahkemelerinde yapılmaktadır. Aynı şekilde, soruşturma aşaması da özel yetkili Cumhuriyet savcısı tarafından yürütülmektedir. Bunun yanısıra yukarıda değinilmiş olan ve CMK m.100 gereğince tutuklama nedeni olduğu varsayılacak suçlar arasında devlet güvenliğine karşı suçlar da vardır ve bu kapsamda TCK'nın 314.maddesi de bulunmaktadır. Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesinin TCK m.314'e yollama (atıf) yapması sebebiyle terör örgütü ile ilgili suçlarda da şüpheli veya sanıklar hakkında kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde tutuklama nedeni varsayılacaktır.

⁶ Vayıç Türkiye'ye karşı, 18078/02, 20.6.2006.

CMK m.252/2'ye göre terör örgütü ile ilgili suçlarda tutuklama süresi kanunda öngörülen normal tutuklama süresinin iki katı olarak uygulanacaktır. Normal tutuklama süresi ise CMK m.102/2'de düzenlenmiştir. Buna göre, "Ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde, tutukluluk süresi en çok iki yıldır. Bu süre, zorunlu hallerde, gerekçesi gösterilerek uzatılabilir; uzatma süresi toplam üç yılı geçemez." Dolayısıyla m.252/2'de öngörülen iki kat süre, m.102/2'de öngörülen süre üzerinden uzatılacaktır. Madde 102'de ağır ceza kapsamına giren suçlarda tutukluluk süresinin 2 sene olduğu, en fazla 3 senelik daha bir uzatma yapılabileceği belirtilmektedir. Madde 252/2'ye göre ise bu süre iki katına çıkarılabilecek, dolayısıyla tutukluluğun üst sınırı 10 sene olacaktır. Yalnız burada önemli olan husus, bu 10 senelik üst sınırın da Aralık 2010 tarihinde yürürlüğe girecek olmasıdır. Mevcut uygulamada tutukluluk süresi belirlenirken 1412 sayılı mülga CMUK'a göre karar verilmektedir ve tutukluluk süresi açısından bu suçlarda herhangi bir üst sınır yoktur. Dolayısıyla bu tutukluluk süreleri terörle ilgili suçlarda da uygulanacaktır.

1412 sayılı mülga CMUK madde 110'a göre;

Hazırlık soruşturmasında tutukluluk süresi azami altı aydır. Kamu davasının açılması halinde bu süre hazırlık soruşturmasında tutuklukta geçen süre dahil iki yılı geçemez.

Soruşturmanın veya yargılamanın özel zorluğu veya geniş kapsamlı olması sebebiyle yukarıda belirtilen sürelerin sonunda kamu davası açılmamış veya hüküm tesis edilememiş ise, soruşturma konusu fiilin kanunda belirtilen cezasının alt sınırı yedi seneye kadar hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlarda tutuklama kararı kaldırılır. Yedi sene ve daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezaları gerektiren suçlarda tutuklama sebebine, delillerin durumuna ve sanığın şahsi hallerine göre tutukluluk halinin devamına veya sona erdirilmesine veya uygun görülecek nakdi kefaleti vermesi şartıyla sanığın tahliyesine karar verilebilir

Tutululukta üst sınır olmaması AİHS'nin çok ciddi bir ihlalidir, zira suçsuzluk karinesinin oldukça ağır bir şekilde yok sayılmasıdır. Suçluluğu hakkında kesin hükme varılmamış ve yargılamanın ileriki safhalarında suçsuz olduğu anlaşılabilir bir kişiyi hürriyetinden bu kadar uzun bir süre mahrum bırakmak kabul edilemez bir uygulamadır. Ancak AİHM'nin, 10 yıllık üst süreyi makul olarak ve demokratik bir toplumda

gerekli olarak kabul etmesi de oldukça zor görünmektedir, zira bir kişinin suçlu olup olmadığı kesinleşmeden 10 sene özgürlüğünden yoksun bırakılabilmesi kabul edilemez bir durumdur. Nitekim yukarıda değinilmiş olan kararlarda (Vayıç/Türkiye ve Koçak/Türkiye) AİHM 5 senelik ve 7 senelik tutukluluk sürelerinin AİHS'nin 5.maddesini ihlal ettiğini belirtmiştir. Dolayısıyla bu suçlarda tutuklama sürelerinin tekrar gözden geçirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Ayrıca CMK 251/5'e göre bu suçlar için madde 91/3'te belirtilen yirmidört saatlik gözaltı süresi kırksekiz saat olarak uygulanır ve Cumhuriyet savcısının talebi ve hakim kararıyla 7 güne kadar uzatılabilir. Günümüzde olağanüstü hal bölgesi bulunmamakla beraber, bulunsa dahi, bu AİHS'e aykırı olmayacaktır zira Türkiye AİHS 15.madde kapsamında bu konuda çekince koymuştur.

CMK'nın dışında Terörle Mücadele Kanunu ile kişi güvenliği ve hürriyetine getirilen başka sınırlamalar da vardır. Bunlardan biri de 9.madde ile getirilmiştir. 9.madde, Çocuk Koruma Kanunu'nun göreve ilişkin düzenlemesine istisna getirmektedir. Çocuk Koruma Kanunu'na göre 18 yaşın altındaki kişiler çocuktur ve çocuklar çocuk mahkemesinde veya Çocuk Ağır Ceza Mahkemesinde yargılanırlar. TMK madde 9 ise, kanun kapsamına giren suçlarla ilgili davalarda, onbeş yaşın üzerindeki çocukların da CMK m.250'de belirlenmiş olan terör suçlarında özel yetkili ağır ceza mahkemelerinde yargılanmasını öngörmekteydi.⁷ Bu hüküm oldukça eleştirilmiş, hükmün AİHS'ye aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Nitekim 22,07,2010 kabul tarihli 6008 sayılı Kanunla (R.G 25.07.2010/27652 sayı TMK'nın 9. maddesinde yer alan çocuklar hakkındaki bu düzenleme yürürlükten kaldırılmıştır.

Bir diğer sınırlayıcı madde ise Terörle Mücadele Kanunu'nun 10. maddesidir. Bu maddeye göre;

Bu Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak, Ceza Muhakemesi Kanununun 250 ilâ 252 nci maddelerinde hüküm bulunmayan hususlarda diğer hükümleri uygulanır. Ancak;

7 Tolga UYAR, **Terörle Mali ve Hukuki Mücadele**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2008, s.158.

- a) *Soruşturmanın amacı tehlikeye düşebilecek ise yakalanan veya gözaltına alınan veya gözaltı süresi uzatılan kişinin durumu hakkında Cumhuriyet savcısının emriyle sadece bir yakınına bilgi verilir.*
- b) *Şüpheli, gözaltı süresince yalnız bir müdafinin hukuki yardımından yararlanabilir. Gözaltındaki şüphelinin müdafisi ile görüşme hakkı, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, hâkim kararıyla yir-midört saat süre ile kısıtlanabilir; ancak bu süre içerisinde ifade alınmaz.*
- c) *Şüphelinin kolluk tarafından ifadesi alınırken, ancak bir müdafinin hazır bulunabilir.*
- ç) *Kolluk tarafından düzenlenen tutanaklara, ilgili görevlilerin açık kimlikleri yerine sadece sicil numaraları yazılır.*
- d) *Müdafinin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilir.*
- e) *Bu Kanun kapsamında yer alan suçlardan dolayı yapılan soruşturmada müdafinin savunmaya ilişkin belgeleri, dosyaları ve tutuklu bulunan şüpheli ile yaptığı konuşmaların kayıtları incelemeye tâbi tutulamaz. Ancak müdafinin terör örgütü mensuplarının örgütsel amaçlı haberleşmelerine aracılık ettiğine ilişkin bulgu veya belge elde edilmesi halinde, Cumhuriyet savcısının istemi ve hâkim kararıyla, bir görevli görüşmede hazır bulundurulabileceği gibi bu kişilerin müdafisine verdiği veya müdafisinde bu kişiye verilen belgeler hâkim tarafından incelenebilir. Hâkim, belgenin kısmen veya tamamen verilmesine veya verilmemesine karar verir. Bu karara karşı ilgililer itiraz edebilirler.*

Bu madde ile CMK'nın getirdiği sınırlamalara ek sınırlamalar getirilmiştir. Bu maddenin birinci fıkrasına göre soruşturmanın amacının tehlikeye düşebileceği durumlarda gözaltına alınan kişinin yalnızca bir yakınına haber verilmektedir. Halbuki CMK m.95'te diğer suçlar için kişinin bir yakınına veya belirlediği bir kişiye haber verilmesinden söz edilmektedir. Bu seçme imkanının TMK ile kaldırılmasının temel amacı

soruşturmanın gizliliğini korumak ve yapılacak bir operasyon ve benzeri bir durum varsa örgütteki diğer kişilerin haber almasını önlemektir. Nitekim aynı maddenin (b) bendinde müdafii ile görüşmenin 24 saat kısıtlanmasının sebebi de budur. Olabilecek haber verme ve diğer örgüt üyelerinin kaçmasının önlenmesi amacı güdülmektedir. Her ne kadar şüphelinin müdafii ile görüştürülmediği bu yirmidört saat içinde ifadesi alınmıyor olsa da; bu, gözaltına alınan şüpheli için oldukça ağır bir sonucudur.⁸ Aynı fıkarda, bu suçtan dolayı gözaltına alınmış olan şüphelinin yalnızca bir müdafiiin yardımından faydalanabileceği belirtilmiştir. Bu da şüphelilerin üç müdafiiiden faydalanabilmesine olanak veren CMK 149'dan farklı ve kişi güvenliği ve hürriyetini daha fazla sınırlayan bir düzenlemedir.⁹

II. TÜRKİYE İLE İLGİLİ AİHM KARARLARI

Terörizmle mücadele ile ilgili olarak, 5.maddeye ilişkin AİHM'nin önüne gelmiş kararların pek çoğu Türkiye ile ilgilidir ve bunların büyük bir kısmı olağanüstü hal bölgelerinde cereyan eden olaylarla ilgilidir. Bu olayların arasında “resmi kayıtlara geçmeyen gözaltılar ve gözaltında kayıp vakaları, gözaltına almada makul şüphe ve hukuka uygunluk şartlarının ihlali, uzun gözaltı ve tutukluluk süreleri ve mahkemeye başvuru hakkının ihlali” sayılabilir.¹⁰

Bu başlık altında Türkiye ile ilgili olarak AİHM'nin vermiş olduğu kararlara kısaca değinilecek, Mahkeme'nin kişi güvenliği ve hürriyetinin sınırlandırılmasında ne gibi kriterleri dikkate aldığı ve Türkiye'nin Mahkeme'nin kriterleri ile ne kadar uyum gösterdiği incelenecektir.

AİHM'nin Yağcı ve Sargın/Türkiye¹¹ kararında, Mahkeme üç sene tutuklu kalmış olup 1990'da tahliye olan Yağcı ve Sargın'ın tutukluluk sürelerini tartışmıştır. Mahkeme, tutuklu olan kişinin suçu işlediğine dair makul şüphe bulunmasını tutukluluğun belirli bir zamana kadar olan kısmı için kabul etmiştir; ancak yargılamanın belli bir safhasından sonra

⁸ ŞEN, a.g.e., s.24.

⁹ A.g.e., s.24.

¹⁰ A. Emre ÖKTEM, **Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları**, İstanbul, Derin Yayınları, 2007, s.314-315.

¹¹ Yağcı ve Sargın Türkiye'ye karşı, **16419/90 ; 16426/90**, 8.6.1995.

artık yalnızca suçun işlendiğine dair makul şüphe bulunmasının yeterli olmadığı görüşünü savunmuştur.¹²

Aksoy/Türkiye¹³ kararında ise, başvuru olağanüstü hal döneminde, Türkiye'de on dört gün hakim önüne çıkarılmaksızın gözaltında tutulmuştur. Her ne kadar AİHS'nin 15.maddesi kapsamında olağanüstü hal ilan edilen durumlarda gözaltı süreleri farklı bir şekilde değerlendirilse de, Mahkeme bu durumlarda dahi keyfi uygulamayı kesinlikle kabul etmemektedir. Olayda, Aksoy'un oldukça uzun bir süre gözaltında kalmasına ek olarak, doktordan faydalandırılmaması, müdafisine ulaşmasının engellenmesi, akrabalarıyla ve yakınlarıyla görüştürülmemesi ve bu süre boyunca mahkemeye çıkarılmamış olması, Mahkeme tarafından bu derece ağır tedbirlerin gerçekten zorunlu olmadığı sebebiyle ihlal olarak kabul edilmiştir.

Aksoy davasına benzer bir diğer dava ise Demir/Türkiye¹⁴ kararıdır. Bu karara konu olan olay da olağanüstü hal bölgesinde cereyan etmiş, başvuru sahipleri yirmi üç gün ve on altı gün hakim önüne çıkarılmadan gözaltında tutulmuşlardır. Mahkeme bu gözaltı süresini de, Aksoy davasında olduğu gibi AİHS'nin 5/3 maddesinin ihlali olarak değerlendirmiştir.

Gözaltında kaybolma durumuna örnek olarak ise Kurt/Türkiye¹⁵ davası verilebilir. Bu davada, Kurt resmi kayıtlara geçmeksizin gözaltına alınmış ve gözaltında kaybolmuştur. Mahkeme bu olayda, devlet makamlarının tanımadığı bir gözaltının AİHS'nin 5.maddesinin sunduğu güvencelerin tamamıyla inkarı niteliğinde olduğunu ve özgürlükten mahrum bırakan kişilerin böylece sorumluluktan kurtulma ve izlerini ört bas etme imkanı bulduğunu belirtmektedir. Ayrıca Kurt'un annesinin taleplerine rağmen hiçbir etkin soruşturmanın da yürütülmemiş olması dolayısıyla, Mahkeme bu olayın Sözleşme'nin 5.maddesinin ruhuna ve amacına aykırı olduğunu; dolayısıyla ortada çok ciddi bir ihlalin bulunduğu sonucuna varmıştır. Benzer bir olay Çakıcı/Türkiye¹⁶ davasında or-

¹² KARAKAŞ, a.g.e., s.20.

¹³ Aksoy Türkiye'ye karşı, 21987/93, 18.12.1996.

¹⁴ Demir ve diğerleri Türkiye'ye karşı, 21380/93; 21381/93; 21383/93, 23.9.1998.

¹⁵ Kurt Türkiye'ye karşı, 24276/94, 25.5.1998.

¹⁶ Çakıcı Türkiye'ye karşı, 23657/94, 8.7.1999.

taya çıkmış, Mahkeme gözaltına alındığı bilinen bir kimsenin adının gözaltı tutanaklarında olmamasının ciddi ve ağır bir ihlal olduğuna karar vermiştir.

Çakıcı ve Kurt davasına benzer olan Timurtaş davası ise, Mahkeme'nin bu durumlarda bir ölüm karinesi benimsediği bir dava olmuştur. Bu davada Mahkeme artık gözaltına alınan kişilerin akıbeti hakkında bilgi alınamaması durumunda bunu bir ölüm karinesi olarak kabul edeceğini belirtmiş ve bu tarz davaları yalnızca 5.madde açısından değil, hem 2.madde hem de 5.madde açısından ele alacağını belirtmiştir.¹⁷ Bundan sonra da Mahkeme bu tür durumlarda kişilerin serbest bırakıldıklarına ilişkin kuvvetli deliller sunulmadığı takdirde bu kişilerin ölümlerinden veya başlarına gelenlerden devleti sorumlu tutmuştur.¹⁸

Mahkeme gözaltı sürelerine ilişkin pek çok davada, şüpheliler terörizmle ilgili faaliyetler sebebiyle gözaltına alınmış olsalar dahi, gözaltı süresinin uzunluğu sebebiyle ihlal kararı vermiştir. Sakık ve Diğerleri davasında bazı şüphelilerin on iki, bazılarının on dört gün, Dikme kararında on altı gün, Filiz ve Kalkan davasında sekiz gün, Günay ve diğerleri kararında beş ile on bir gün, İğdeli kararında yedi gün, Altay kararında on beş gün ve Öcalan kararında yedi gün olan ve hakim önüne çıkarılmadan devam etmiş olan bu gözaltı sürelerini Mahkeme Türkiye açısından ihlal olarak değerlendirmiştir.¹⁹

Türkiye arka arkaya çıkan bu ihlal kararlarının ardından iç hukukunda birtakım düzenlemelere gitmiştir. Öncelikle 2001 senesinde yapılan değişiklikle Anayasa'nın 19.maddesi değiştirilmiş ve yukarıda belirtilmiş olan son şekline kavuşmuştur. Ayrıca 2002'de yapılan bir Anayasa değişikliği ile olağanüstü hal bölgelerinde toplu suçlar sebebiyle yakalanmış veya tutuklanmış olan kişilerin hakim önüne çıkarılma süresinin Cumhuriyet savcısının talebi ile ve hakim kararıyla 7 güne kadar uzatılabileceği belirtilmiştir. Böylece hemen hakim önüne çıkarılmama iddiası ile ilgili olarak önceden yapılmış olan başvuruların çoğu dostane çözümlerle sonuçlanmıştır.²⁰

17 ÖKTEM, a.g.e., s.315.

18 ÖKTEM, a.g.e., s.316.

19 ÖKTEM, a.g.e., s.317.

20 ÖKTEM, a.g.e., s.321.

C – İNGİLTERE'DE TERÖR İLE İLGİLİ MEVZUAT VE AİHM'NİN BU KONUDAKİ ÖNEMLİ KARARLARI

I. İNGİLTERE'NİN TERÖR İLE İLGİLİ MEVZUATI

İngiltere de uzun yıllardır terörizmle mücadele eden ülkelerden biridir. İrlanda ile geçmiş tarihte yaşamış olduğu sorunlar nedeniyle başta IRA ile olmak üzere İngiltere terörizmle oldukça yoğun bir mücadele vermiştir. Türkiye'den farklı olarak İngiltere'nin bu alanda çıkarmış olduğu pek çok yasa vardır ve bu yasalarda en çok dikkat çeken husus gözaltı süreleridir. Nitekim İngiltere'nin terörle mücadele kapsamındaki mevzuatına ilişkin olarak AİHM'den aldığı mahkumiyetlerin neredeyse tamamı bu gözaltı sürelerine ilişkindir. Bu sebeple İngiltere'yi inceleyeceğimiz bu bölümde ağırlıklı olarak gözaltı süreleri üzerinde durulacaktır.

İngiltere'de ilk olarak 1974 senesinde polisi ve İçişleri Bakanlığı'nı İngiltere'nin alışık olmadığı geniş yetkilerle donatan bir yasa çıkarılmıştır. Terörle mücadele kapsamında ilk çıkarılan yasa bu yasadır ve çıkmasının sebebi 1974 Kasım'ında Birmingham'da bir barın bombalanması sonucu 21 kişinin ölmesi, 180 kişinin yaralanmasıdır.²¹ Daha sonra 1976 yılında 1974 yasasında birtakım değişiklikler yapan yeni bir yasa çıkarılmıştır. 1984 yılında ise ilk "Terörü Önleme Yasası"(PTA)²² çıkarılmış ve farklı bir yönelimin gelişmekte olduğunu göstermiştir.²³ Zira artık bu kanunda 1974 ve 1976 yasalarının aksine yalnızca Kuzey İrlanda Terörü değil, uluslararası terör hedef olmuştur.²⁴

1984 Terörü Önleme Yasası, yetkililere uluslararası teröre bir şekilde bulaşmış olan kişileri tutuklama, gözaltına alma ve sorgulama yetkisini vermiş, mahkemelere ise terör fonlarına el koyma gibi yetkiler vererek İngiliz yasalarına yeni suç tanımları getirmiştir. Daha sonra 1974, 1976 ve 1984 yasalarını temel alan 1989 tarihli yeni Terörü Önleme Yasası çıkarılmıştır.²⁵

²¹ Sedat LAÇİNER, **İngiltere, Terör Kuzey İrlanda Sorunu ve İnsan Hakları**, Ankara: Avrasya-Bir Vakfı, Avrasya Stratejik Araştırmalar Merkezi, 2001, s.40-41.

²² 1984 PTA (Prevention of Terrorism Act)

²³ LAÇİNER, a.g.e., s.41.

²⁴ A.g.e., s.41.

²⁵ A.g.e., s.40

1996'da yeni bir yasa çıkarılmış ve bu yasa ile polise bombalamaya ve terörist saldırılarına müsait yerleri belirleme, terörist faaliyetleri engelleme amacıyla arama yapma yetkilerini vermiştir. Bu yasa çerçevesinde polisler ayrıca sokak kontrollerini ve rastlantısal aramalarını arttırma imkanı bulmuşlar, diğer suçlarda belli bir bölge için belli bir saatte ve yazılı izinle yapılan aramaları, terör ile ilgili suçlarda bu arama alanı genişletilmiş ve yetkilere esneklik kazandırılmıştır.²⁶ Bu yasa ile ayrıca “yasaklanmış bir örgüt için para ya da mal toplamak, bağışta bulunmak, örgüt lehine kamuya açık ya da özel bir toplantı, miting tertip etmek, tertip edilmesine yardımında bulunmak, söz konusu örgütün işaretini, sembolünü ya da örgütün üyesi olduğunu gösterir herhangi bir işaret taşımak, bu yolla toplumda korku sağlamak” suçları getirilmiştir.²⁷ Ayrıca bir kişinin bu suçları işlemiş olduğuna ilişkin şüphe varsa, bu kişinin tutuklanması için zemin oluşmuş demektir ve tutuklamadan sonra polisin bu kişiyi 48 saat tutma yetkisi vardır. İçişleri Bakanlığının izni ile bu süre 45 güne kadar uzatılabilir ve bu süre içerisinde kişi herhangi bir suçla suçlanmayabilir ve mahkeme önüne çıkarılmak zorunda değildir.²⁸

1996'dan sonra 1998'de de bir yasa çıkarılmıştır ancak bunun üzerinde durulmayacaktır. Konumuza esas teşkil eden yasalar sırası ile 2000, 2003 ve son olarak 2006'da çıkmışlardır. 2000 yılında çıkarılan Terör Yasası²⁹ ile terörizm faaliyetleri içerisinde olduğundan şüphelenilen kişiler için gözaltı süresi yedi gün olarak belirlenmiştir ve terörizmin tanımı genişlemiştir.³⁰ Daha sonra 2003 senesinde çıkarılan³¹ yasa ile gözaltı süresi yedi günden on dört güne çıkarılmıştır.³² Son olarak ise 2006³³ senesinde çıkarılan yeni Terör Yasası ile bu süre on dört günden yirmi sekiz güne çıkarılmıştır ve terörü öven ya da teşvik eden bildirgeler yasaklanmıştır.³⁴ Bunların haricinde 2001 yılında, 2005 yılında, 2008

26 A.g.e., s.41.

27 A.g.e., s.42

28 A.g.e., s.42

29 Terrorism Act 2000

30 Natalie HANMAN, **Explainer: Terrorism Legislation**, 22.01. 2009. <http://www.guardian.co.uk/commentisfree/libertycentral/2009/jan/22/explainer-terrorism-legislation> (22.05.2010).

31 Criminal Justice Act 2003

32 HANMAN, a.g.e.

33 Terrorism Act 2006

34 HANMAN, a.g.e.

ve 2009 yıllarında da terörle mücadele etmeyi hedefleyen bu yasalara benzer yasalar çıkarılmıştır ancak kişi güvenliği ve hürriyeti açısından en önemli olanlar 2000, 2003 ve 2006 yıllarında yapılan yasalardır.

2001 tarihinde yapılan yasanın IV. Bölümünde, İngiltere İçişleri Bakanlığı'na terör zanlısı yabancıları yargılamaksızın gözaltında tutma hakkı veriyordu. Bu yasanın verdiği yetkiye dayanarak 2001 yılında ailelerinin yanından alınan ve terör zanlısı olan dokuz yabancıyı Belmarsh Hapishanesi'nde yargılanmadan tutulmaları, 16 Aralık 2004'te AİHM tarafından ihlal olarak değerlendirilmiştir. Bu zanlılar üç sene boyunca olağanüstü güvenlik önlemleriyle donatılmış bu hapishanede tutulmuşlar ancak bu süre boyunca tek bir defa dahi mahkeme önüne çıkarılmamışlardır.³⁵

Yasalardan da anlaşıldığı üzere son durumda, bir kişinin terörle ilgili faaliyetlerde bulunduğuna ilişkin şüphe varsa, bu kişinin 28 gün boyunca gözaltında tutulması ve bu süre içerisinde sorgulanması mümkündür. Burada belirtilmesi gereken bir diğer husus bu 28 günlük sürenin ilk taslakta 90 gün olarak öngörüldüğü ve uzun tartışmalar sonucu 90 günlük teklifin reddedildiğidir.

II. İNGİLTERE İLE İLGİLİ AİHM KARARLARI

İngiltere açısından AİHM'de görülmüş olan en önemli davalardan biri Brogan ve diğerleri/İngiltere³⁶ kararıdır. Bu karara konu olan olayda şüpheliler yaklaşık 5 gün boyunca hakim önüne çıkarılmadan gözaltında tutulmuşlar ve AİHS'nin 5.maddenin üçüncü fıkrasının ihlal edildiğine ilişkin başvuruda bulunmuşlardır. Mahkeme burada hakim önüne "hemen" çıkarılma kavramı üzerinde durmuş, Sözleşme'de geçen bu kavramın esnek yorumlanamayacağını belirtmiştir zira bu maddenin özünü ve ruhuna aykırılık teşkil etmektedir. Bu kararın ardından Birleşik Krallık Sözleşme'nin 15.maddesi uyarınca bir çekince koymuş ve Sözleşme'nin 5/3 maddesindeki yükümlülüklerle aykırı önlemler alabileceğini beyan etmiştir. Bu durumun üstüne Mahkeme olağanüstü hallerde göz-

35 Doç. Dr. Sedat LAÇİNER, **Uluslararası Terörizm İle Mücadelede Hukuki Önlemler: İngiltere'de Yeni Terörizm Yasası Örneği**, Nisan 2006, <http://www.usakgundem.com/makale/62/uluslararası-terörizm-ile-mücadelede-hukuki-önlemler-İngiltere'de-yeni-terörizm-yasası-örneği.html> (24.06.2010).

36 Brogan ve diğerleri İngiltere'ye karşı, 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, 29.11.1988.

altı süresinin normal hallerden daha uzun olabileceğini kabul etmiş ancak bu sürenin yargısal denetime tabi olmasının engellenemeyeceğini vurgulamıştır.³⁷

15.madde olağanüstü durumlarda bazı hakların askıya alınmasına olanak tanıyan bir maddedir. Dolayısıyla bu madde kapsamında çekince koymuş bir devlete daha geniş bir takdir yetkisi tanınmaktadır. Ancak yine de bu takdir yetkisi sınırsız değildir ve AİHM'nin denetimine tabidir ve sözleşmedeki yaşam hakkı (madde2), işkence yasağı (madde3), kölelik yasağı (madde4/1) ve kanunilik ile ilgili maddesi (madde7) askıya alınabilecek haklar arasında bulunmamaktadırlar.³⁸

Bu konu Birleşik Krallığın 15.madde kapsamında 5.maddeye ilişkin koyduğu çekince den sonra Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık³⁹ kararında incelenmiştir. Bu karara konu olan olayda başvuruçulardan biri altı gün on dört saat, diğeri ise dört gün altı saat gözaltında kalmıştır. Mahkeme burada askıya alma işlemine etki eden acil duruma yol açan nedenlere ve bu acil durumun süresine bakmıştır ve devletin takdir yetkisini aşmadığına dolayısıyla beşinci maddeyi ihlal etmediğine karar vermiştir.⁴⁰

Bir diğer dava Murray/Birleşik Krallık kararıdır. Olayda Kuzey İrlanda'da bir karı koca ve dört çocuktan oluşan bir ailenin evi askerlerce aranmış ve kadın gözaltında sorgulanmıştır. Kadın askeri sorgu merkezine götürülmüş, sorulan sorulara cevap vermeyince rızası hilafına fotoğrafları çekilmiş ve kısa süre sonra serbest bırakılmıştır. Başvuruçucu madde 5/1'in ihlal edildiğini ve haksız yere gözaltına alındığını ileri sürmüştür. Mahkeme ise devletlerin bir terör zanlısını yakalamalarını haklı göstermek için gizli kaynaklarını açıklamaya zorlanamayacaklarına hükmetmiş, başvuruçunun gözaltına alınmasına sebep olan suçu işlediğine dair inandırıcı ve objektif delillerin bulunduğunu belirtmiş, dolayısıyla ihlal kararı vermemiştir.⁴¹

³⁷ ÖKTEM, a.g.e., s.310.

³⁸ Doç Dr. Vahit BIÇAK, **Terörizm Olgusu Karşısında İnsan Hakları Mahkemesinin Tavrı**, http://www.caginpolisi.com.tr/72/10-11-12-13.htm#_ftnref6 (21.05.2010).

³⁹ Brannigan ve McBride İngiltere'ye karşı, **14553/89 ; 14554/89**, 26.5.1993.

⁴⁰ BIÇAK, a.g.e.

⁴¹ ÖKTEM, a.g.e., s.311.

SONUÇ

Bu yazıda İngiltere ve Türkiye’de terörle mücadele etmek için zamanla gelişmiş olan mevzuatlar incelenmiş ve bu mevzuatların en sorunlu alanları üzerinde durulmuştur. İngiltere ve Türkiye uzun yıllardır terörle mücadele etmek durumunda olan iki ülkedir ve buna bağlı olarak mevzuatları bu konuda diğer Avrupa ülkelerinden daha gelişmiştir. Özellikle 11 Eylül olayları sonrasında İngiltere kendini daha fazla hedef görmeye başlamış, Londra’da patlayan bombalar da bu hissi kuvvetlendirmiştir. Bunun sonucu olarak sertliği gittikçe artan kanunlar düzenlenmiştir.

İngiltere ve Türkiye, özellikle terörle mücadele kapsamında yapılmış olan kanunlar ve eylemler sebebiyle AİHS’nin 5.maddesinin koruduğu kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını en çok ihlal eden iki ülke olarak gösterilebilir. Bu sebeple bu iki ülke ile ilgili zengin bir AİHM içtihadı olduğu söylenebilir. Ancak şüphesiz yazıda da tespit edildiği üzere, bu konuda Türkiye’nin aleyhinde verilmiş olan çok daha fazla karar vardır ve Türkiye’nin çok ciddi ihlalleri vardır. Örneğin İngiltere’de temel sorun gözaltı süreleri ve terör tanımındaki son derece geniş kapsam olsa da, Türkiye’de olduğu gibi 10 yıla varabilen tutukluluk süreleri ve gözaltında kaybolmalar yoktur. Türkiye’de ise İngiltere’deki gibi akıl almaz derecede uzun gözaltı süreleri yoktur.

Yazılanlardan anlaşıldığı üzere, iki ülkenin mevzuatlarında da AİHS’nin 5.maddesini ihlal eder nitelikte düzenlemelere rastlanmaktadır. Ancak Türkiye’deki temel sorunları tutukluluk süresi, gözaltına alma şekli ve sebepleri, gerekçesiz olarak verilen gözaltı süresini ve tutukluluk süresini uzatma kararları teşkil ederken, İngiltere’deki temel sorunlar terör tanımının gereğinden fazla geniş ve kapsamlı tutularak neredeyse her vatandaşın her an bir terör suçlusu olabilecek hale gelmiş olması ile 28 güne varabilen gözaltı süresidir. AİHM’den çıkan kararları iki ülkenin de dikkate aldığı görülmektedir ve mevzuatlarında birtakım değişiklikler yaparak Sözleşme’yle uyumlu hale gelmeye çalışmaktadırlar, ancak yine de bu kararlara rağmen Sözleşme’yle uyum içinde olmayan bazı düzenlemelerinde de ısrarlı davranmakta ve mevzuatlarında gereken değişiklikleri yapmamaktadırlar. İngiltere’nin de,

Türkiye'nin de mevzuatlarında bir an önce gereken değişiklikleri yapmaları gerekmektedir; zira AİHM'nin Türkiye'deki tutukluluk süresini ve basmakalıp gerekçelerle yazılan kararları, İngiltere'de ise 28 günlük gözaltı süresini kabul etmeyeceği ve bunların ihlal oluşturduğuna karar vereceği kesindir.

Nakit Dışındaki Ödeme Araçlarında Yapılan Kaçakçılık ve Sahtecilik İle Mücadele

Daniel Fontanaud* / Çev. Stj. Av. Tuğçe Başarır

1. İçerik

Avrupa Komisyonu, 2001 yılında kredi kartları ve nakit dışındaki çeşitli ödeme şekillerine yönelik kaçakçılık ve sahtecilik problemiyle mücadele etmeyi amaçlayan 3 yıllık bir eylem planı başlatmıştır. Özellikle telefonda veya internet üzerinden yapılan ödemelerde kaçakçılık, Topluluğun bünyesindeki iç pazara zarar vermektedir. Bu durum, sınır ötesi ödemeler hakkında güvensizliğe yol açmakta ve elektronik ticaretin gelişimini yavaşlatmaya yönelik tehdit oluşturmaktadır. Bir cezai mekanizmanın kurulmasına ilişkin olarak, nakit dışındaki ödeme yollarına yönelik kaçakçılık ve sahtecilik ile mücadele konusundaki 2001/413/JAI sayılı Çerçeve Karar, Avrupa Birliğine üye devletlerdeki uygulanacak hukuku belirlemektedir.

2. Suçlar

Çerçeve Kararın ilk maddesinde “ödeme aracı” kavramı tanımlanmakta ve böylece uygulamanın kapsamı sınırlandırılmaktadır.

Bu tanım kapsamında, ödeme aracı: “para (madeni para veya banknot) hariç, tek başına veya başka bir ödeme aracı ile birlikte, hak sahibine veya kullanıcıya para veya parasal değeri olan bir şeyin transferini yapmaya izin veren tüm ödeme vasıtalarıdır.” Örneğin kredi kartları, çek, finansal kurumlar tarafından verilen diğer kartlar, seyahat çekleri, tasarımı, kodlaması veya imza gibi yollarla sahtelerden veya hileli kullanımdan korunan başka çek veya faturalar ödeme araçları olarak sayılabilmektedir.

Suçun maddi unsurunun tanımlanması konusundaki yaklaşım, ülkeler arası farklılıklar sebebiyle ceza hukuku içinde kesin tanımlara baş-

* Sulh hakimi. Avrupa Komisyonu'nda görevli uzman.

vurmaktan kaçınma şeklindedir. Bu yüzden Çerçeve Karar, tüm Topluluk'ta cezaya ilişkin suç olarak sayılması gereken kasıtlı davranışların listesinin hazırlanmasından ibarettir.

Çeşitli davranışlar; kendiliğinden ödeme araçlarına, ödeme aracı imaline, ödeme işlemleri veya ödeme işlemlerinin taahhüt, bağış, maaş, hesap tasfiyesi ve talimat için kullanılmış sistemlere göre belirlenip tanımlanmaktadır.

• **Ödeme araçlarına bağlı suçlar (2. Madde)**

Üye devletler; kredi kartları, mali kurumlar tarafından verilen diğer kartlar, seyahat çekleri, çek ve faturalar ve aşağıdakileri davranışlarla ilgili kasıtlı olan hareketleri suç saymaktadır:

- bir ödeme aracını yasaya aykırı şekilde elde etmek veya çalmak
- hileli kullanım amacıyla bir ödeme aracını tahrip etmek veya değiştirmek
- hileli kullanım amacıyla çalınmış veya yasaya aykırı şekilde elde edilen ödeme aracını saklamak, elde bulundurmamak veya üçüncü kişiden almak üçüncü kişiye satmak veya devretmek.
- sahte, tahrip edilmiş, yasaya aykırı şekilde elde edilmiş veya çalınmış ödeme araçlarını hileli şekilde kullanmak.

• **Bilgisayar kullanımına bağlı suçlar (3. Madde)**

Kasıtlı bir şekilde,

- Özellikle kimlik tespitiyle ulaşılabilen verileri ve bilişim sistemi ile ilgili verileri girerek, kaldırarak, silerek veya değiştirerek,
- Yazılımın işleyişini veya bilişim sistemini karıştırarak,

suç işleyen kişiye ya da 3. kişiye ekonomik yarar sağlama amacıyla 3. bir şahsın mal kaybına hukuka aykırı yollarla neden olma, para veya parasal değerlerin transferini gerçekleştirme suçu meydana getirmektedir.

• **Özel ödeme araçları ile ilgili suçlar (4. Madde)**

Bu madde aşağıda sayılanları kasten ve hukuka aykırı olarak elde bulundurmamak veya 3. kişilere devretmek, satmak, tesis etmek, imal

etmek gibi hareketleri suç olarak saymayı üye devletler için zorunlu tutmaktadır:

- Yazılımlar, başlıklar, ödeme araçları veya ikinci maddenin b bendinde düzenlenmiş suçları (tahrip etmek veya bozmak) işlemek için özel olarak uyarlanmış diğer araçlar
- 3. maddedeki suçları (Para veya para değerlerini yasa dışı yollarla transferini sağlama) işleme amacına yönelik yazılımlar.

- **Suçta katılma, teşvik ve teşebbüs (5. Madde)**

Yalnızca yukarıda bahsettiğimiz sahtecilik suçlarına katılma değil, aynı zamanda bu suçlara, yani çerçeve karardaki 2,3 ve 4. maddedeki suçlara teşvik de cezalandırılmaktadır.

Teşebbüs ise bazı eylemler açısından cezalandırılmaktadır. Bu eylemler, Çerçeve kararın 2.maddesinin a,b ve d bentleri ile 3.maddesinde sayılmıştır. Bunlar, para veya para değerinin hukuka aykırı transferi, bir ödeme aracını yasa dışı yolla elde edilmesi veya çalınması, ödeme aracını tahrip etme veya değiştirme, çalınmış veya yasa dışı yolla elde edilmiş, değiştirilmiş veya bozulmuş ödeme aracının hile ile kullanılmasıdır.

3. Yaptırım

Çerçeve Karar'daki 6.maddede, teşvik ve teşebbüs dahil suç niteliğindeki tüm davranışlar için, hapis cezaları içeren, "orantılı, etkin ve caydırıcı" cezai müeyyideler; öngörülmektedir. Bununla beraber, ağır vakıalar tanımlanmış değildir.

O halde, üye devletlerin, gerçek veya tüzel kişiler tarafından işlenen bu suçlar için cezai yaptırımlar öngörmeleri gerekmektedir. Bunlar; orantılı, etkin ve caydırıcı olmalıdır. Bu cezalar, suçlu iadesini gerektirecek nitelikteki ağır suçlar hariç olmak üzere hapis cezası içermek zorunda değildirlerdir. Üye devletler, uygulanabilir cezaların dengesini ve cinsini tayin edebilmeye yönelik bir suçun ağırlığını düzenlemek için çok geniş esnekliklerden yararlanmaktadır.

4. Tüzel Kişiler

- **Tanım**

Çerçeve Karar'ın birinci maddesi, metnin uygulanacağı tüzel kişileri, “kamu gücünün ve uluslararası kamu kuruluşlarının kendi yetki ayrıcalıklarına dayanan devlet ve başka kamu kurumları hariç olmak üzere uygulanan iç hukuk gereği bu statüye sahip kurum” olarak tanımlamaktadır.

- **Tüzel kişilerin sorumluluğu**

Yedinci madde, tüzel kişilerin, 2. maddenin b,c ve d bentleri ile 3. ve 4. maddelerinde düzenlenmiş olan eylemlerinden (yani ödeme araçlarının yasa dışı yolla elde edilmesi ve çalınması hariç tüm yukarıda bahsettiğimiz suç tipleri) sorumlu tutulmaları için üye devletlerin gerekli tedbirleri alması gerektiğini öngörmektedir.

Tüzel kişinin sorumluluğunun başlaması için, tüzel kişilik içinde bireysel olarak veya bir organa üye olmak kaydıyla yönetim gücünü elde eden bir kişi tarafından suçun işlenmiş olması gerekmekte olup, bu kişinin;

- Tüzel kişiliği temsil gücü veya
- Tüzel kişi adına kararlar alabilme yetkisi veya
- Tüzel kişiye yönelik denetim yapabilme ehliyeti bulunması gerekmektedir.

Tüzel kişinin sorumluluğundan, tüzel kişi adına hareket eden kişinin suçun işlenişine iştirak eden veya teşvik eden olarak katılması halinde de bahsedilebilir.

Ödeme araçlarını yasadışı yolla elde etme veya çalma eylemleri hariç Çerçeve Karar'da belirtilen tüm suçların (Çerçeve Karar'da 2. maddenin b,c ve d bentleri ile 3. ve 4. maddede düzenlenmiş olan eylemlerden, yani ödeme araçlarının yasa dışı yolla elde edilmesi ve çalınması hariç tüm yukarıda bahsettiğimiz suçlar) işlenmesini mümkün kılan, kendi adına hareket eden ve yönetim gücünü sağlayan kişinin denetim ve gözetimindeki eksiklik de tüzel kişinin sorumlu tutulmasına sebep olacaktır.

Tüzel kişilerin sorumluluğu, ilgili suçların faillerine, azmettirenlere veya suç ortaklarına karşı kovuşturma yapılmasına engel değildir. .

- **Tüzel kişilere karşı cezalar**

Çerçeve Karar'daki 8. madde, sorumlu olan tüzel kişiliğin cezai olan ya da olmayan para cezaları ve başka cezaları içeren orantılı, etkin ve caydırıcı cezalarla yükümlü tutulabilmesi için üye devletlerin gerekli tedbirler almasını öngörmektedir, özellikle şu tedbirlerden bahsetmektedir:

- a) Devlet yardım ve teşviklerinden mahrum bırakma,
- b) Geçici veya kalıcı olarak ticari faaliyetten men,
- c) Yargı gözetimi altına alma,
- d) İzin iptali

5. Yetkiler

Görülen Çerçeve Karar kapsamındaki soruşturma için ulusal adli organların yasal yetkilerini tanımlamak için bazı ayırıcı kriterler düzenlenmiştir. Buna göre, 9. maddenin ilk paragrafında, eğer suç:

- a) Tamamen veya kısmen kendi ülkesi içinde işlenmiş ise; veya
- b) O üye devletin hukuku tarafından söz konusu faaliyetler cezalandırılabilir kılınmışsa ve vatandaşlarından biri tarafından işlenmişse; veya
- c) Üye devletin bölgesi üzerinde merkezi olan bir tüzel kişi yararına işlenmiş ise,

her üye devletin metinde görülen ihlaller ile ilgili yetkilerini kendisinin düzenlemesi öngörülmektedir.

Bununla birlikte, bir üye devlet, yukarıdaki b ve c bölümlerindeki yetki kurallarını uygulamamaya veya bu kuralları yalnızca kendine özgü durum veya şartlarda, uygulayacağına karar verebilmektedir.

Öte yandan, 10. madde üye devletin kendi bölgesi dışında bulunan vatandaşları tarafından suç işlendiği ve üye devletin vatandaşı iade etmediği durumlarda, kendi yetki alanını düzenlemesi amacıyla gerekli önlemleri almasını öngörmektedir.

Madde 11 ise üye devletler arasındaki iş birliğini ele almaktadır. Üye devletlerin, Çerçeve Karar tarafından düzenlenmiş suçlara ilişkin usul-lerde, birbiriyle karşılıklı olarak işbirliği içinde bulunmalarını öngörmektedir.

6. İç Hukuktaki Uygulama

Üye devletler en geç 2 Haziran 2003 tarihine kadar Çerçeve Karar'a uymak için gerekli tedbirleri almalıdırlar. Bu Çerçeve Karar'ın uygulanmasına ilişkin olarak hazırladığı ikinci raporda, Komisyon, bu rapora konu olan üye devletlerin çoğunluğunun Çerçeve Karar ile uyumlu olduğunu tespit etmiştir. Yunanistan ve Lüksemburg Çerçeve Karar'ı tümüyle aktarmak için henüz bütün önlemleri almamış olup, ilgili kanun tasarısının hala ulusal Parlamento tarafından onaylanması gerekmektedir. Kıbrıs, Komisyonun, Çerçeve Karar'ın hükümlerinin kendi mevzuatına uygunluğunun tam olarak değerlendirmesine imkân verecek kadar bilgi sağlamamıştır. Komisyon, diğer yedi üye devletin yürürlükteki yasalarının tamamını bildirmemelerinden veya raporun tamamlanma gününde Çerçeve Karar'ı kendi mevzuatlarına aktarma prosedürünü henüz tamamlayamamış olmalarından ötürü üzüntü duymaktadır.

Ayrıca Komisyon'un, nakit dışındaki ödeme araçları üzerinde sahteciliği önleyen tedbirler için yeni bir Avrupa Birliği Hareket Planı (2004-2007) başlattığı göz önünde tutulmalıdır. Bu Plan, Avrupa Birliği'nin, nakit dışındaki ödeme yollarında sahteciliği ve dolandırıcılığı önleyici tedbirlere yönelik Komisyon Bildirisi'ni temel alan sahteciliği önleme tedbirlerine yönelik 2001-2003 tarihli Hareket Planı'nın, yerini almıştır.

Türk Hukuku'nda Yeni Bir Kurum: Mobbing

Stj. Av. Merve Turanlı

1) GİRİŞ

Geleneksel İş hukukunun bel kemiği olan işçi ve işveren arasındaki ilişkiler günümüzde her iki öznenin maddi ve manevi haklarının korunması bakımından değerlendirilmeye açık bir platform haline gelmiştir. 1475 Sayılı İş Kanunu'da; işçi, “iş kanunu uyarınca, hizmet akdine dayanarak herhangi bir işte ücret karşılığında çalışan kişi” olarak tanımlanmaktadır. Buna göre; işçi, geçerli mevcut bir iş ilişkisine dayanarak çalışan kişidir. 1475 sayılı İş Kanunu'na göre işveren ise, İş Kanunu uyarınca bir hizmet akdine dayanarak herhangi bir işte ücret karşılığı işçi çalıştıran, gerçek veya tüzel kişidir. İş hukukunun söz edilen iki önemli unsuru olan işçi ve işverenin bu döngü içinde birbirlerine karşı çeşitli yükümlülükleri ve sorumlulukları bulunmaktadır. Bunlardan en önemlisi ve çeşitli saldırılar karşısında korunması gereken, işçinin işverene ekonomik bağılılığı sonucunda onun hak ihlaline uğramasını önlemekten doğan ilke ‘işçinin korunması’dır. Diğer bir deyişle gerek işçi gerek işveren iş ahlakı sınırları içinde birbirlerinin maddi ve manevi haklarına saygılı olmakla mükelleftirler. Hukukun genel prensibi olan “bir kişinin hakkının sınırı diğer kişilerin haklarının başladığı yere kadardır” şeklindeki, hukuk normlarınca temel hak ve özgürlük anlamında tanınan bu değer yargısı sadece basit anlamda anayasal bir hak olarak kalıplaşmamalı, bu yargının iş hukuku odaklı olarak da geçerli olduğu unutulmamalıdır.¹ Takdiren bu saygı tek taraflı olarak sadece işçiden beklenmemelidir; kaldı ki işveren de çizilen sınırlar içinde işçinin sosyal haklarına saygı duyma yükümlülüğü altında bulunmaktadır. Söz edilen ilke hukukun idesi olarak adaletten gücünü alırken, mevzuatımızda yerini bulmaktadır. Günümüzde sosyal hukuk devleti olarak nitelendirilen

¹ Bayram Fuat, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Legal Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, sayı 3, 2007, sf:96

birçok devlette belirtilen bu ilke mevcut yasal düzenlemelerde vücut bulmaktadır. Buna paralel olarak, dünya çapında yapılan yerel çalışmalara göre, İsviçre, Finlandiya, Norveç gibi ülkelerde iş yerinde çalışanların fiziksel ve zihinsel sağlığını koruyan düzenlemeler içeren yasalar onaylanmaktadır.

Küresel dünyadaki gelişme ve değişmeler endüstrileşme hareketiyle beraber hız kazanmıştır. Sanayide yer alan global bütünleşme ve gelişme, iş gücü ve emeğe olan ihtiyacı beraberinde getirmiş, daha çok üretim faaliyetine cevap verilebilmesi problemi karşısında istihdam alanında çeşitli sorunlar kendini göstermeye başlamıştır. İstihdam edilen yerlerdeki çalışan sayısının artış göstermesi sonucunda iş yerinde bulunması gereken etik mesleki değerler arka plana itilerek adeta adaletsizleşme sürecine girilmiştir. İktisadi nitelik taşıyan etkinliklerdeki gelişme ve bunun beraberinde olan nüfus artışı sonucunda işçi-işveren ilişkisi iş hayatında unutulmaya yüz tutmuş olan bazı ilkeleri gün yüzüne çıkarmış ve bu ülkelere ulusal ve uluslararası alanda dikkat çekilmeye başlanmıştır. Bu ilkelerin hukuki temellerinden bazıları, işverenin işçilere “eşit davranma borcu” (İş Kanunu md.5), “ahlak ve iyiniyet kurallarına uymak” (İş Kanunu md.25/d), Avrupa Sosyal Şartı Bölüm 1 Madde 2 “Tüm çalışanların adil çalışma koşullarına sahip olma hakkı vardır” şeklinde yer alan maddelerdir. Anılan bu maddelerin somut olarak uygulanabilirliği veya ne şekilde uygulandığı hukukumuz açısından tartışılır olmakla beraber her geçen gün yürürlüğe giren yeni yasalar ve mahkemelerin verdiği kararlar sonucunda pratik olarak belirli uyumsuzluklarda uygulandığı yadsınamaz bir gerçektir. Eşit davranma ilkesine dikkatlice bakıldığında ilk görüşte bu ilkenin işverenin davranış ve sözleşme yapma özgürlüğünü kısıtladığı varsayılabilir ancak bu eşitlik anayasal anlamda “mutlak eşitlik” anlamı taşımadığından işverenin sözleşme özgürlüğünü özü itibarıyla zedelediği bir yapıda olduğu kabul edilmektedir. Bu ilke aynı zamanda işverenin mevcut tasarrufla bulunma hakkını ölçülü olarak sınırlamaktadır². Eşit davranma borcu işçiler arasında yapılmış olan ayrımcılığı yasaklamaktadır ancak, söz konusu eşitlik ‘nispi’ anlamda bir eşitliktir yani benzer statüde olanların benzer;

2 Ulutaş Ahmet, İşverenin Eşit Davranma Borcu, 30.06.2010 <http://www.muhasabedergisi.com/sosyal-sigortalar-makaleleri/isverenin-esit-davranma-borcu.html>

farklı statüde olanların da farklı düzenlemeye tabi olmasıdır.³ Bu tabiyet sonucunda işverenin iki yükümlülüğü doğmaktadır; bunlardan birincisi, işçiler arasında ayırım yapmama ikincisi ise işçilere keyfi davranmamadır.⁴ Ekonomik hayatın getirisi olarak istihdam edilen insanlar genel ölçekte bakıldığı zaman eşit durumda gözükseler bile aslında aralarında gizli bir hiyerarşi bulunmaktadır, ast üst kavramlarıyla açıklanabilen örgütsel hiyerarşiler diyaframında çalışanlar hayatın olağan akışı içinde kendilerinden statü olarak yüksek bir kişinin otoritesi altındadırlar ve farkında olarak veya olmadan bu yüksek mertebedeki kişinin talimatlarına uymak zorunda kalmaktadırlar. Bu işleyişte çeşitli zamanlarda ve günümüzde de büyümekte olan problemler doğmaktadır. Eşitliliğin çoğu kez sorgulanmaya açık olduğu bu süreçte bazı masum insanlar haksızlığa uğrayarak en temel hakları olan çalışma hakkından yoksun bırakılmakta ve buna boyun eğmek zorunda kalmaktadırlar. Bu sorunlar aslında önceden beri halihazırda var iken kamuoyu ve medya baskısı, hak ihlallerinin yargı mercileri önünde görülen uyuşmazlıklara konu olması ve benzer dış faktörlerle mağdur olan çalışanların hakkını aramaya başlaması sonucunda günümüzde anlamlandırılmaya ve hukuksal bir düzleme oturtulmaya başlanmıştır. Genel olarak işyerlerinde somut olarak yapılan taciz türlerine oranla ki bu taciz türleri fiziksel saldırı, tehdit, dışlamak, hakaret ve rahatsız edici diğer tür davranışları sergilemek gibi davranışsal bozukluklardır, aksine değineceğimiz taciz türlerinin görülebilir ve fark edilebilir olması daha güç olmasına karşın her geçen gün daha artan bir yapıya sahiptir. Söz konusu sorunlardan en belirgin olanları iş yerinde psikolojik taciz “mobbing” ve işyerinde tehdit olan “bullying”dir.

2) TARİHÇESİ VE DOKTRİNEL BAKIŞ

Çalışma hayatında yaşanan olumsuzluklardan biri olan “mobbing” kavramı tahmin edildiği kadar yeni bir kavram değildir. Aksine temelleri yıllar önce atılan ve etkilerini günümüzde yeni doğurmaya başlayan ve insan hayatını etkileyen bir olgudur. Anılan şiddet türlerinin nitelendirilmesi henüz tam olarak yapılmamasına rağmen toplumun çeşitli alan-

³ Ulutaş Ahmet, a.g.e.

⁴ Ulutaş Ahmet, a.g.e.

larında örneklerine çoğu kez rastlanıyor olması, haksızlığa uğrayanların yargı mercileri önünde haklarını aramaya başlaması ve birçok alanda çalışmalara konu olması neticesinde çeşitli alanlarda kabul edilerek teknik bilimciler tarafından somutlaştırılmaya başlanmıştır. “Mobbing” kavramı ilk kez 1960’lı yılların başında hayvan davranışlarını inceleyen Etnolog Kontranz Lorenz tarafından kullanılmıştır. Lorenz bu sözcükle, büyük bir hayvanın tehdidine karşı küçük hayvan gruplarından gelen saldırıları ve hayvanların bir yabancıyı veya kendilerini avlamakta olan düşmanı kaçırmaya davranışlarını örnek alarak kavrama ışık tutmuştur. Daha sonraları İsveçli Peter Heinemann 1972 yılında kavrama yeni bir anlam katarak bunu okul çağındaki çocukların diğer çocuklara yönelik olarak sergilenen genelde zorbalık ve kabadayılık biçimindeki dışlamaya yönelik davranışları olarak tanımlamıştır. Tim Field mobbing kavramını mobbing mağdurlarının kendilerine olan güvenine ve öz saygısına sürekli ve acımasız bir saldırı olarak tanımlamaktadır. Ayrıca bu tanımda mobbingcilerin davranışlarını inkar etmesi de yer almaktadır. 1976 yılında Brodsky’nin değerine göre işyerindeki mobbingin amacı işyerine disiplin getirmek, verimliliği arttırmak ya da refleksleri koşullandırmaktır. Davenport ve yandaşlarına göre mobbing, bir kişinin başka bir kişiye karşı etrafındakileri etkileyerek küçük düşürücü davranışlarda bulundurmaya çalışması ve alay etmek yoluyla kişiyi işten çıkmaya zorlama faaliyetidir. Alman Endüstri Psikoloğu ve Tıp Bilimcisi Dr.Heinz Leymann⁵, bu gelişmelere paralel olarak 1982 yılında yürüttüğü çalışmaları 1984’te yayınlamaya işyerindeki psikolojik taciz olgusunu mobbing olarak nitelmiştir. Yayımlanan yazılı kaynakların başında ise 1983 kışında genç fizikçilerin yazdığı ve 1984 yılında ‘The National Board Of Occupational Safety and Health in Stockholm’ da yayınladığı rapor yer almaktadır. 1988’de İngiliz gazeteci Andre Adams BBC Kanalında yer alan haber programında mobbing fiiline değinmiş ve kamuoyunun dikkatini işyerlerinde yaşanan tacizlere çekmiştir.⁶

Alman Endüstri Psikoloğu ve Tıp Bilimcisi Dr.Heinz Leymann mobbing hareketine ilk olarak 1980’lerde dikkat çekmiş ve istatistiklere göre

5 <http://www.leymann.se/english/11120e.htm>, 25.06.2010

6 Yılmaz Abdullah – Özler Ergün Derya – Mercan Nuray, <http://www.e-sosder.com/dergi/26334-357.pdf>, 08.06.2010

İşviçre’de meydana gelen intiharların %15’inin mobbing odaklı olduğunu vurgulamıştır. 1998 yılında Duncan Chappel ve Vittorio Di Martino’nun Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) tarafından desteklenen araştırmaları sonucunda ‘Violance At Work’ (İş Yerinde Şiddet) başlıklı rapor yayımlamıştır. Leymann, mobbing ya da işyerinde psikolojik tacizi, “bir veya birkaç kişi tarafından, bir diğer kişiye yönelik (nedeni, düşünce ve inanç ayrılığından kıskançlık ve cinsiyet ayırımına kadar çok çeşitli olabilen), sistematik bir biçimde düşmanca ve ahlak dışı bir iletişim yöneltilmesi şeklinde ortaya çıkan bir çeşit psikolojik terör” olarak tanımlamaktadır. Türk doktrinine baktığımızda Tutar’a göre mobbing, çalışanlara üstleri, astları veya kendileriyle eşit düzeyde olanlar tarafından sistematik biçimde uygulanan her türlü kötü muamele, tehdit, şiddet aşağılama davranışlarıdır. Baykal’a göre mobbing işyerinde belirli bir kişiyi hedef alan uzun süreli ve sistematik bir şekilde devam eden olumsuz davranışlardır. Çobanoğlu’na göre mobbing, işyerindeki kişiler üzerinde sistematik baskılar yaratarak, ahlak dışı yaklaşımlarla bu kişilerin performanslarını ve dayanma güçlerini yok etmek suretiyle işten ayrılmalarını sağlama olarak tanımlanmaktadır.⁷ Her ne kadar ulusal ve uluslararası alanda çeşitli akademik çalışmalar yapılsa da Türk Kanunlarında henüz ‘mobbing’ fiilinin tam olarak nitelendirildiği ve dolayısıyla yaptırımı hükmedilmesini öngören bir kanun maddesi bulunmamaktadır. Kanundaki boşluktan ötürü aslında psikolojik tacizin tüm unsurlarını barındıran bu suç ‘cinsel taciz’ anlamında yanlış olarak nitelendirilmiş ve yaptırımı bu şekilde sağlanmaya çalışılmıştı.

3) KAVRAMLAR ARASINDAKİ TARTIŞMA

İşyerinde çalışan kişiye karşı izlenen yıpratıcı politikalar, ulusal ve uluslararası hukukta tanımlanması sonucunda içeriksel anlamlar, birbirine yakın olmakla beraber terimsel anlam boyutunda birbirinden çok küçük farklarla ayrılmaktadır. Burada belirtilen “bullying” ve “mobbing” terimlerinin ufak ancak keskin farklarla birbirinden ayrılmasıdır. Avrupa’da hayvan davranışlarını inceleyen bilim adamları bazı kuş türlerinin kendi yavrularını, yumurtalarını korumak amacıyla, kendilerini tehlikeye atarak büyük hayvanlara karşı önce tek başlarına sonra grup olarak ses-

7 Yılmaz Abdullah – Özler Ergün Derya – Mercan Nuray, a.g.e.

ler çıkardıkları, kanat çırtıkları, ardından saldırıya geçtiklerini gözlemlemiş bunu ifade etmek için de Latince “mobile vulgus(kararsız kalabalık)” sözünden türetilen ve İngilizceye geçen “mobbing” terimini kullanmışlardır.⁸ İngilizce kökenli olan ‘Birine saldırmak için kişinin etrafında bir kalabalık oluşturmak’ anlamına gelen ve İngilizce ‘to mob’ fiilinden türetilen “mobbing” ya da psikolojik taciz kavramının sözlük anlamı, birine karşı cephe oluşturma, duygusal saldırıda bulunma, kanun dışı şiddet uygulayan düzensiz kalabalık veya çete anlamına gelmektedir.⁹ İngilizce kökenli olan mobbing kelimesi literatürde psikolojik şiddet, taciz, rahatsız etme, kuşatma, yıldırma, sindirme, yok sayma gibi çeşitli farklı anlamlara gelmektedir¹⁰. Mobbing gücü elinde bulunduran ve hiyerarşik sistemde üst konumunda olan grup veya kişinin ast konumunda olan grup veya kişiye, bunun yanı sıra astın yeni gelen üstüne veya aynı kademede(ast-üst) olanların birbirlerine karşı psikolojik yoldan izlediği bir çeşit yıpratma politikasıdır.¹¹ Mobbing doğrudan veya dolaylı olarak, davranışla veya sözle, kişinin iş hayatındaki duruşunu lekeleme onu görevinden ihraç etmeye yönelik tüm davranışlar bütünüdür, sadece işyerinde olmaktan ziyade aile içi ortamda doğarak toplumsal gruplaşma görülen tüm topluluklarda çatışmalı bir iklimin oluşmasına neden olan bir örgütsel hastalıktır. Bunun yanı sıra mobbing ile benzer anlamda kullanılan ‘bullying’ kelimesi 1992 yılında Andrea Adams tarafından bireyi küçük düşürme olarak terimselleştirilmiş bunu takiben 1993 yılında Dan Olwe’s’un okul çocuklarının birbirlerine karşı uyguladıkları fiziksel ve ruhsal şiddet olarak temellendirilmiştir.¹² Lehmann’a göre ise terminolojiyi seçmek gerçekten zor olmasına rağmen mobbing ve bullying 2 farklı sosyal davranıştır ve bullying’in ergenlerin ve çocukların okullardaki aktiviteleri sonucunda karakterize edilen davranış biçimiyken, “mobbing” yetişkinlerin işyerlerindeki davranışları olarak tanımla-

-
- 8 Gün Hüseyin Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Verimlilik ilişkisi, http://vizyon21yy.com/haber/güncel/psikolojik_taciz_verimlilik_iliskisi 2010 15.06.2010
- 9 Gökçek Karaca Nuray, AB Ülkelerinde İş yerinde Psikolojik Tacizin Boyutları, Psikolojik Tacizle Mücadele ve bu mücadelede sendikaların rolü , <http://www.ceis.org.tr/dergiDocs/makale239pdf>, 03.05.2010
- 10 Kelime anlamı için bakınız sözlük: <http://tureng.com/search/mob>
- 11 Gökçek Karaca Nuray, a.g.e.
- 12 S.A Cengiz, Kişilerarası İletişimde Sapkın Şiddet: Manevi Taciz (Mobbing), Kriz Dergisi 15(2): 1-14 2010 İstanbul s.4

maktadır ve kişi üzerindeki etkileri fiziksel ve psikolojik olabilmektedir. “Bullying” kaba davranış ve şiddet olarak uygulanırken, mobbing her tür incitici ve küçük düşürücü tutum ve davranış olarak ortaya çıkan ve sonuçları şiddetin inceltmiş (rafine-sofistike) biçimi olan mobbing fiziki şiddet içeren “bullying”ten daha tehlikeli ve daha kalıcı psikomatik etkiler bırakmaktadır.¹³

4) GELİŞİMİ VE GÖRÜLME DERECEŚİ

Duygusal taciz tüm dünyada işyerlerinde görülen ortak bir problem-dir. Ancak Ergenekon'a göre bu tacizin yaygınlığı ve şiddetinin derecesi tacizin görüldüğü ülkenin kültürüne, örf ve adetine, sosyal ve ekonomik yapısına, benimsediği politik yapıya bağlı olarak değişim göstermektedir. Yıldırımada yaş, cinsiyet veya sektör belirleyici faktör değildir. Diğer Avrupa ülkelerine göre Türkiyede mobbing hareketinin daha fazla görülmesinin asıl sebepleri; çalışanların uzun yıllardır aynı iş yerinde devam etmesi, çalışan kişilerin iş yükünün fazla olması bunun yanı sıra yeni gelen kadronun kendi yetiştirdiği elemanları ile beraber çalışmak istemeleridir. Mobbing fiili genel olarak 25 yaşından küçük ve 55 yaşından büyük insanların iş yerlerinde psikoterör ve benzeri soyut şiddete maruz kalmasıdır ki bu durum daha çok bayan çalışanlarda görülmektedir.¹⁴ Oysaki yabancı yazılı kaynaklara bakıldığında 9 Şubat 1976 tarihli “Avrupa Birliği Direktifi” cinsiyete dayanan ayrımı genel hatlarıyla açık olarak yasaklamaktadır. Direktifin birinci maddesinde “Bu direktifin amacı, üye devletlerde, işte yükselme dahil olmak üzere istihdama kabul sırasında kadınlara ve erkeklere mesleki eğitim ile çalışma koşulları konusunda eşit muamele ve fırsat eşitliği gösterilmesi” olduğu belirtilmektedir. Genel olarak çalışan kadınların birbirlerine mobbing hareketini yaparak birbirleri üzerlerinde kronik endişe yaratmaktadır. İstatistiklere göre kadınların %77'si üzerinde “mobbing” sonucu etki görmektedir. Bunun yanı sıra erkekler tarafından yapılan “mobbing” hareketine gelenek ve görenekler skalasından bakmamızda fayda vardır. Şöyle ki, Türkiye'nin hala sivri etkisini kaybetmemiş ataerkil aile yapısı tarafından kadının zaten eşi tarafından geçindirileceği ancak erkeğin

¹³ Tutar Hasan, Genel Olarak İşyerinde Psikolojik Şiddet(MOBBING), www.ikademi.com 10.05.2010

¹⁴ www.hukuki.net/showthread .php/13524-mobbing-Duygusal - Taciz 06.05.2010

kendi parasını kazanması gerektiği ve ailesine bakması gibi geri kalmış ve sosyal eşitlikten uzak fikirler sonucunda mobbing fiilinin Türkiye’de diğer ülkelere göre daha fazla görülmesi durumu oluşmaktadır.¹⁵

Günümüzde “Fiziksel Şiddet” iş sözleşmesinin başlıca fesih nedeni olarak sayılmaktadır; ancak psikolojik tacizin sonuçlarının da en az fiziksel şiddet kadar ağır ve hatta daha kalıcı olduğu gerçeği karşısında psikolojik tacizin de fesih nedenleri arasında sayılması pratik olarak gereklidir¹⁶. Keza psikolojik taciz (mobbing) fiziksel tacize oranla mağdur üzerinde daha az zarar doğuracakmış gibi düşünülse de sadece mağdur merkezli olmayarak tacizin yaşandığı kuruma da büyük ölçüde zarar vermekte, mağdur üzerinde psikolojik olarak daha yıkıcı sorunlar yaratmakta mağduru içine kapanık olmaya ve kendini mesleki anlamda yetersiz saymaya sürüklemektedir. İşyerinde otorite sahibi tarafından yaratılan bu stigmatizasyon hareketi sonucunda, mağdur kendine bile yararı olmayan bir insan olarak, başkasına da yarar sağlayamayacağından bahisle intihar ederek ölüme bile sürüklenmektedir.

5) AŞAMALARI VE İSPAT SORUNU

Hakkında yapılan tüm araştırma ve çalışmalara rağmen “mobbing ve bullying” başlığı altına toplanan “manevi taciz” fiili, günümüzde hala varlığını aydınlığa çıkaramamış bir kavramdır. Buna rağmen Leymann; bu fiillerin oluşum sürecini çeşitli aşamalarda açıklayarak, uğranılan hak kaybının daha hızlı bir şekilde nasıl ortaya çıktığını gösteren durumları beş aşamada belirtmiştir.

Söz edilen aşamalara bakıldığında,

- 1) Kendini göstermeyi ve iletişim oluşumunu olumsuz yönde etkilemek (üstünüze kendinizi gösterme olanaklarınızı kısıtlanır, sürekli sözünüz kesilir)
- 2) Mağdurun sosyal ilişkilerine saldırılar (kimseye iletişime geçememek, kişiye görünmezmiş gibi davranılması)

¹⁵ www.hukuki.net/showthread .php/13524-mobbing-Duygusal - Taciz 06.05.2010

¹⁶ Güzel Ali, Ertan Emre, İşyerinde Psikolojik Tacize (Mobbing’e) Hukuksal Bakış: Avrupa Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk, Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi (Legal isghd), s.14 c.4, 2007, s.509-551

- 3) Mağdurun itibarına saldırı (arkanızdan asılsız söylentiler söylenmesi)
- 4) Mağdurun yaşam kalitesine ve mesleğine saldırı (iş anlamında kişiyi verimsizleştirmek)
- 5) Mağdurun sağlığına doğrudan saldırı (doğrudan cinsel taciz)

olarak kendini göstermektedir.¹⁷ Bu 5 durum sonucunda mağdur psikolojik tacize uğramasından dolayı sürekli endişe duymaktadır. Bunun sonucu olarak iş yerinde verimi azalmakta ve işte çıkarılma kaygısıyla işine odaklanamamakta ne zaman tacize maruz kalacağını bilmeden her an tetikte gezmektedir.¹⁸ Bu durum teorik olması bir yana pratik hayatta personel azaltmaya giden işveren tarafından yaratılmaktadır, mağdura bir çeşit iftira atmak yoluyla da yapılan bu suç sonucunda mağdur kendini savunma hakkından genelde yoksun bırakılmakta ve hatta mağdura savunma hakkı verilse bile mağdurun bu hakkını üstüne karşı takındığı saldırgan bir tutum olarak değerlendirilmekte ve haklı bile olsa işine son verilmektedir. Bu duruma örnek teşkil eden, Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin E.2007/9154 K.2008/13307 sayılı kararıdır. Söz konusu dava haksız yere verilen disiplin cezalarının kaldırılması ve işyerinde uygulanan duygusal taciz sebebiyle istenen manevi tazminat talebine ilişkindir. Uyuşmazlık konusu, yedi yıl boyunca görevini başarıyla yerine getiren bir çalışana işvereni tarafından sürekli ve belli aralıklarla manevi baskı uygulanması, kişiye sebepsiz yere verilen kınama ve disiplin cezaları ve bu cezalara karşı haksız olarak alınan savunmalar neticesinde kişilik haklarına saldırıda bulunulmasıdır. Mahkeme; bu fiilleri, işçiyi yıldırma ve psikolojik baskı uygulanıp da genellikle kişiyi işten ayrılmaya zorlamaya yönelik davranışlar olarak değerlendirmiş ve davalı için manevi tazminat cezasına hükmederken davacı için ise eski özlük haklarını geri vermiş, bunun yanı sıra davacının işe iadesi sağlanmıştır.¹⁹

Ülkemizde, henüz psikolojik şiddet terimi kanunlarımızda yer almasına rağmen, bu ihlaller ışığında verilen mahkeme kararları sonucunda eylemin failleri aleyhine tazminata hükmedilmektedir. Mahkeme ka-

¹⁷ Archer David 'Exploring Bullying Culture in the Military Organization, International Journal of Manpower, 1999, s.94-105, (Davenport vd.,2003)

¹⁸ www.hukuki.net/showthread.php/13524-mobbing -Duygusal-Taciz, 06.05.2010

¹⁹ http://www.kazanci.com

rarlarına paralel olarak yasal bir düzenleme yapma ihtiyacı doğmuş ve Türk Borçlar Kanununun Tasarısı'nın 416'ncı maddesi ile "işçinin kimliğinin korunması" başlığında yer alan cinsel taciz hükmünün sınırları genişletilerek psikolojik taciz de anılan maddenin içine dahil edilmiştir. Bu sayede işçinin en temel manevi hakkı olan kişilik hakkının korunması sağlanmıştır. Cinsel tacizin yanısıra diğer psikolojik tacizler de kişilik haklarını ihlal eden sebepler arasında sayılmıştır. Böylece artık mobbingin nitelendirilmesi doğru olarak Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu'nun ilgili hükümlerine dayanılarak dava açılabilen ve mağdur hak zafiyetinin karşılığını alabilmektedir.

"Yanılıcı (muhtemelen aldatici) eleştirilere ve dayanaksız suçlamalara cevap verirken, hiçbir zaman açıklama yapma, davranışınızı meşrulaştırma, özür dileme, iddiaları ele alma gibi bir davranış yapmaya aldanmayın. Bütün bu yanıtlar, dayanaksız suçlamalar bir geçerlilik verecektir ki aslında bunların hiçbir geçerliliği yoktur. Somut, ölçülebilir kanıtlarla iddialarını ispatlama işini, her zaman zorbalık yapan kişinin üzerine yükleyin.

Dayanaksız iddialarda bulunduğundan kişiler için yeni suçlamalarda bulunmak kolaydır çünkü suçlamaların dayanağı bulunmaz. Hedef kişinin zorbanın iddialarına cevap yetiştirmeye teşebbüs etmemesi gerekir. Bunun yerine odak noktasının zorbanın kendi iddialarını ispatlaması gerekir, böylece daha adaletli bir durum yaratılmış olur ve sonucunda mağdur olan kişinin haklarının koruma altına alınması sağlanmış olur."²⁰ Hukuksal boyutta bakıldığında hukukun genel ilkelerinde yer alan "iddia eden ispat eder" anlayışına paralel olarak bunu ortaya atan kişi ispatlamalıdır, mağdur durumda olanın kendini savunmaya geçmesi gerekmemektedir.

6) MOBBİNG FAİL VE MAĞDURLARI

Mobbing fiili genel olarak spesifik olmamakla beraber kamu ve özel kuruluşların aksine eğitim ve sağlık kurumlarında daha sık olarak görülmektedir. Aslında her kurum ve kuruluşun unuttuğu bir şey vardır ki, o da insan emeğidir. Bir yerde insan emeğinin; eksik olması veya emek

²⁰ <http://www.bullyonline.org/action/words.htm> 17.06.2010

veren kişiye karşı yapılan ağır ithamlar işyeri profesyonelliğini ortadan kaldıran bir durum yaratmaktadır.

Suçun failinin kişisel özelliklerine bakıldığında, özgüveni olmayan, korkak, ikiyüzlü, başkasının başarısını hazmedemeyen, bencil, güvenilmez kişidir. Hiyerarşik yapının önemine bakılmaksızın aslında kendisinin üst ve mağdurun ast konumunda olduğu ilişkilerde daha yoğun olarak yıldırma faaliyetini yapmasına rağmen, kendisiyle aynı seviyede olan kişiye karşı da yapabilmektedir. Fail mağduru sürekli olarak işten atılacağı ihtimali olduğunu yönünde tehdit etme, çeşitli konularda yetersiz olduğunu belirtme, arkasından dedikodu yapma, görmezden gelme, kurum bazında yapılan çeşitli etkinliklere çağırmama, başarı ile yaptığı işi küçük önemsiz görme ve sonucunda takdir etmemesi, her türlü ayrımcılığa maruz bırakma, hakkında ve yüzüne karşı mesleki anlamda etik olmayan espriler yapma, diğer kurum çalışanlarının önünde küçük düşürme gibi çeşitli davranışlar sergileyebilir.²¹ Ardı arkası kesilmeyen tüm bu hakaret, tehdit, sözlü saldırıların diğer çalışanlar tarafından farkedilmemesi veya kabullenilebilir olması mobbing sürecini adeta beslemekte ve bu sayede de fail amacına daha hızlı ulaşmış olmaktadır.

Mağdurun kişisel özelliklerine bakıldığında, çalışkan, işyerine bağlı, özverili, üretken, karşısındakine güven veren, hoşgörülü, yardımcı, donanımlı insandır. Kendilerine karşı yapılan bu fiiller sonucunda sadece çalıştığı yerden çıkarılma korkusu oluşmamaktadır; çünkü bu korku sadece uyumsuzluğun maddi boyutuyla ölçülebilmektedir daha tehlikelisi olan kişinin benzer hakaretlere maruz kaldığı sırada zarara uğrayan ruh sağlığıdır. Bu tehdit ve hakaretler sonucunda mağdur artık kendine güvensiz bir insan olmaktadır ve bunun sebebi direnmeyi başaramamasıdır. Lehmann'a göre "Bir insanın örselenen duygularının tedavisi kolay değildir. Çok uzun süren tedavi döneminden sonra da psikolojik olarak eski sağlığına kavuşması kolay olmamaktadır". İşyerinde psikolojik tacize maruz kalanların çoğu travma sonrası stres bozukluğu hastalığına yakalanmakta ve bu durum yaşamının tamamına sirayet etmektedir.

21 http://www.haberte.com/news_detail.php?id=74036 12.06.2010

7) MOBBİNG FİİLİNE KARŞI ALINACAK ÖNLEMLER

Mobbing'e maruz kalmamak için çeşitli yazılı kaynaklarla, çalışılan yerdeki görev dağılımı belirlenmeli, bu dağılım yazılı olarak yayınlanmalı veya işyeri yönetmeliğinde yer almalıdır. Çünkü bu durum sadece kişiye değil kuruma da büyük zarar vermektedir. Bu düzenlemeyle herkesin çalıştığı birimin sınırları çizilmiş olacaktır. Yönetimde görev alan kişi ve şahıslar buldukları görev hakkında eğitilmeli ve bilinçlendirilmelidir. Şayet üst veya ast tarafından herhangi bir hakaret veya tehdite maruz kalmaya tanık olunduysa bu durum derhal yetkili mercülere bildirilmelidir. Böylece saldırı farkedildiği anda durdurulmuş olacaktır. Uğranılan manevi hak ihlali sadece ihlal edilen hakla sınırlı kalmayıp mağdurun psikolojisini de etkilemeden kişinin kurban olup olmadığını anlaması gerekmektedir. Şayet bu durum gecikirse kişi, taciz edildiğinin farkına varmayacak ve kendini gerçek anlamda yetersiz görmeye başlayacaktır. Bunun yanı sıra ilerleyen aşamalarda konunun uzmanı olan bir kişiden yardım alınarak bu tahripten kurtulmak da mümkündür. "Bu durum geçicidir" veya "nasıl olsa düzelecek" diye düşünmeden ilk andan itibaren bu durumu atlatmak için mücadele vermek gerekmektedir.

8) SONUÇ

Mobbing fiili her geçen gün daha çok yazılı kaynakta yer almaya başlamıştır. Mahkemelerimizin verdiği olumlu kararlar sonucunda artık kişinin sessiz kalma dönemi sona ermiş ve tüm mağdurlar ihlal edilen haklarının ve yıpratılan kişiliklerinin karşılığını alabilir duruma gelmişlerdir. Medyada dikkat çekilen çeşitli örneklemeler sonucunda Yeni Borçlar Kanunu tasarısında normatif bir temele oturtulmuştur. Böylece yıllardır dikkat çekilen mobbing kavramı ilk kez Türk Hukuku'na yerleşecek ve dava ikamesi sağlanacaktır. Bir çeşit, hukuka aykırılık kriteri olacak ve insanın onursal değerlerine aykırılık tazminat nedeni sayılacaktır.

Türk Ceza Hukuk Derneği Sulhi Dönmezer Ödülü Yönergesi

AMAÇ

Madde 1: Türk Ceza Hukuku Derneği, ceza hukuku biliminin en önde gelen ismi ve derneğin kurucusu Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer'in anısına, ceza hukuku dalında nitelikli bilimsel eserleri teşvik etmek ve özellikle genç hukukçuları ceza hukuku alanında üretimde bulunmaya yönlendirmek amacıyla her yıl Yönetim Kurulu'nun belirleyeceği bir konuda Sulhi Dönmezer Ödülü verir.

KONU

Madde 2: Sulhi Dönmezer Ödülü, her yıl Şubat ayında Sulhi Dönmezer anma gününde törenle verilir ve bir sonraki yılın konusu aynı törende açıklanır. Ödülün tutarı, her yıl en geç Aralık ayında Yönetim Kurulu tarafından tespit edilir.

KAPSAM

Madde 3: Sulhi Dönmezer Ödülü, bilim ödülü ile staj özel ödülünden oluşur.

Bilim Ödülü, bir önceki takvim yılında yayınlanmış kitap ve makaleler ile, aynı dönemde başarı ile savunularak kabul edilmiş yüksek lisans ve doktora tezlerine verilir. Değerlendirmede eserin veya tezin Türk ceza hukuku öğretisine bulunduğu katkı esas alınır.

Staj özel ödülü, Türkiye barolarından birinde stajını bir önceki takvim yılında tamamlamış avukat veya avukat adaylarının hazırladığı ve Staj Eğitim Merkezleri yürütme kurulları veya Baro Yönetim Kurulları tarafından önerilen ve bilimsel araştırma yöntemlerine uygunluk, özgünlük ve konunun işlenişi bakımından ödüllendirilmeye layık görülen bitirme projelerine verilir.

ADAYLIK

Madde 4: Türk Ceza Hukuku Derneği, Sulhi Dönmezer Anma Günü'nde ve sonraki tarihlerde adaylara başvurmaları için açık çağrıda bulunur. Ödül için adaylar bizzat başvurabilecekleri gibi, Türk Ceza Hukuku Derneği Yönetim Kurulu üyeleri dahil olmak üzere başka kişiler, kurum ve kuruluşlar da aday bildirebilirler. İlgili kuruluş ve kişiler, adaylık için gerekli genel koşulları yerine getirmek zorundadırlar. Çok yazarlı eserlerin ödüle aday gösterilmesi durumunda, söz konusu koşulların adayların her biri açısından ayrı ayrı yerine getirilmesi aranır.

Yönetim Kurulu, her yıl en geç Aralık ayında, bir sonraki yılın ödülüne başvuran adayların eserlerini değerlendirecek olan 5 kişilik jüriyi, ceza hukuku alanında önde gelen bilim adamları ve uygulamacılar arasından belirler. Jüri üyeleri, Yönetim Kurulu üyeleri arasından seçilemezler. Jüri üyeleri ile adaylardan biri veya birkaçı arasında yakın akrabalık veya tarafsızlığı gölgeye düşürecek sair bir nedenin bulunması halinde, söz konusu jüri üyesinin görevden kendi kararıyla çekilmesi esastır.

ADAYLIĞIN GENEL KOŞULLARI

Madde 5:

- a) Türk Ceza Hukuku Derneği Yönetim Kurulu, Denetleme Kurulu ve Disiplin Kurulu üyeleri ile yedek üyeler, ödül için aday olamazlar.
- b) Önceden haklarında her ne suretle olursa olsun bilimsel etik kurallarına aykırılık ve intihal (eser aşırması) suçlaması ile mahkemeler, üniversiteler, akademik kurumlar ve meslek kuruluşları tarafından ceza, tazminat veya disiplin yaptırımını uygulanmış kişiler, ödül için aday olamazlar.
- c) Ödüle layık görülen bir eserin bilimsel atf kurallarına aykırı olduğunun, intihal niteliği taşıdığına veya bilimsel etik kurallarına açık bir aykırılık içerdiğinin anlaşılması halinde, ödül Türk Ceza Hukuku Derneği Yönetim Kurulu kararı ile geri alınır.
- d) Ders kitaplarında yayınlanmış veya başka bir yarışmada ödül almış çalışmalar kabul edilmeyecektir. Adayların, eserlerinin baş-

ka bir kurum veya yarışma dahilinde ödüllendirilmemiş olduğunu taahhüt etmeleri aranır. Bu durumun aksinin tespit edilmiş olması halinde ödül Türk Ceza Hukuku Derneği Yönetim Kurulu kararı ile geri alınır.

- e) Önceki yıllardaki çalışmalarını ile Sulhi Dönmezer bilim ödülüne layık görülmüş kişiler, bir daha adaylık için başvuramazlar. Ancak bu durum, staj özel ödülüne layık görülen kişilerin sonraki yıllarda bilim ödülüne başvurmalarına engel teşkil etmez.
- f) Adaylar doğrudan başvurabileceği gibi, öğretim üyeleri, barolar ve Türk Ceza Hukuku Derneği üyeleri aday gösterebilir. Her aday tek bir çalışma ile katılabilir veya önerilebilir. Aday gösterilen eserler nedeniyle çalışma sayısı birden fazla olduğunda yarışmaya katılacak çalışmayla ilgili tercih hakkı eser sahibine bırakılır.
- g) Yazı dilinin Türkçe olması zorunludur.
- h) Eser sahibi adayın adının eserde açıkça belirtilmiş olması gerekmektedir.
- i) Bilim ödülüne aday gösterilecek eserin kitap veya makale olması halinde, ödülün verileceği yıldan bir önceki takvim yılı içinde yayımlanmış olması, eserin yüksek lisans veya doktora tezi olması halinde ise, ödülün verileceği yıldan bir önceki takvim yılı içinde hukuk alanında lisans üstü program yapma yetkisine sahip bir üniversitede başarıyla savunularak kabul edilmiş olması gereklidir. Tezin yurtdışındaki bir üniversitede savunulmuş olması durumunda, Türkçe olarak yayın tarihinin adaylık döneminin içinde yer alması yeterlidir.

Staj özel ödülüne aday gösterilecek proje veya bitirme tezinin, stajını ödülün verileceği yıldan bir önceki takvim yılı içinde başarıyla tamamlamış bir avukat veya avukat adayına ait olması, Baro veya ilgili Staj Eğitim Merkezi tarafından başarılı bulunmuş olması ve ödüle layık görülebileceği yönünde ilgili kurumca bir referans verilmesi gereklidir. Referansı olmadan ödüle adaylık için başvuruda bulunan proje ve bitirme tezleri, ancak Türk Ceza Hukuku Derneği Yönetim Kurulu'nun onayı ile aday olarak kabul edilebilirler.

- đ) Eserler, eser sahibinin nüfus cüzdanı örneği ve kısa bir özgeçmişı ile birlikte Türk Ceza Hukuku Derneği Yönetim Kurulu'na her yılın 10 Ocak tarihine kadar 1'i asıl 7 nüsha halinde taahhütlü olarak ulaştırılmalı veya elden teslim edilmelidir.
- k) Gönderilen eserler geri verilmez. Aday gösterilen eser ve projeler arasından önceden başka bir şekilde yayımlanmamış bulunanlar ve yayına layık görülenler, kapsam itibariyle yayımlanmasında bir engel bulunmamak kaydıyla, eser sahibinin rızası ve Türk Ceza Hukuku Derneği Yönetim Kurulu'nun onayı ile Suç ve Ceza Dergisi'nde yayın için önerilirler. Derginin yayın politikası uyarınca bunların yayımlanıp yayımlanmayacağına Dergi Yayın Kurulu tarafından karar verilir.
- l) İstenen belge veya bilgiler eksik olduğu takdirde katılımcı katılmamış sayılır.

BAŞVURULARIN KOŞULLARA UYGUNLUĞUNUN İNCELENMESİ

Madde 6: Türk Ceza Hukuku Derneği Sekreterliği, her başvuru ve aday gösterilen her eser hakkında, eserin ve eser sahibinin 5'inci maddede öngörülen koşullara uygun olup olmadığını denetleyerek bir rapor hazırlar.

Türk Ceza Hukuku Derneği Yönetim Kurulu tarafından ilgili eser ve raporlar üzerinden yapılacak genel görüşme neticesinde, eserlerden koşullara aykırılığı saptananlar elenerek, elemeyi geçenler jüriye tevdi edilir.

Bu madde, jürinin değerlendirdiği eserlerde koşullara aykırılık saptaması durumunda adayı elemesine engel teşkil etmez.

JÜRİNİN KARARI

Madde 7: Jüri üyeleri, ödüle layık görülen adayı saptamada kendi çalışma yöntemlerini belirlemek hususunda özgürdür. Ödüle layık görülen adayın belirlenmesinde oy çokluğu esastır.

Ödüle birden fazla adayın eşit derecede layık görülmesi durumunda, önceden belirlenmiş olan ödül tutarı, adaylar arasında paylaşılır. Bu durumda her iki aday da eşit statüde ödül sahibi olarak kabul edilirler.

Hiçbir adayın ödüle layık görülmemesi durumunda, jüri durumu tespit eder ve o yılda ödül verilmeyeceği gerekçeli olarak ilan edilir. Bu durumda ödül tutarı bir sonraki seneye devreder.

Adayın ödüle layık görülmeyle birlikte ödülü veya ödül tutarını almayı reddetmesi halinde, ödüle layık görülen diğer adaylar varsa ödül bunlar arasında paylaşılır. Ödüle layık görülen başka bir adayın bulunmaması halinde, ödülün parasal tutarı bir sonraki seneye devreder.

Belirli bir yıl içinde ödül verilip verilmemesinden bağımsız olarak Jüri, ödül alacak yeterliliğe sahip bulunmama ile birlikte takdire layık görülen eser sahiplerine bir veya birden fazla “mansiyon” verme hakkına sahiptir. Sulhi Dönmezer Anma Günü’nde mansiyon sahipleri ilan edilir, fakat mansiyonun herhangi bir parasal karşılığı yoktur.

ÇAĞRI DUYURUSU

Madde 8: Türk Ceza Hukuku Derneği, her yılın Kasım, Aralık, Ocak ve Şubat aylarında üyelerine yapacağı çağrıda Sulhi Dönmezer Anma Günü ile birlikte Sulhi Dönmezer Ödülü ve Yönerge konusunda bilgi verir. Bunun dışında ödül ve anma günü konusunda kamuoyuna yayın yoluyla bilgi verilir.

YÜRÜRLÜK ve UYGULAMA

Madde 9: Bu yönerge, kabul tarihinden itibaren geçerlidir.

Bu yönergenin hükümlerini Türk Ceza Hukuku Derneği Yönetim Kurulu yürütür.

Suç ve Ceza (Crimen E Poena) Ceza Hukuku Dergisi Yönergesi

Suç ve Ceza (Crimen e poena) Dergisi,
Türk Ceza Hukuku Derneği'nin (TCHD) yayın organıdır.

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç, Kapsam, İçerik, Tanımlar ve Hedef Kitle

1. Amaç ve Kapsam

- 1.1. Bu yönergenin amacı, Türk Ceza Hukuku Derneği bünyesinde bulunan Suç ve Ceza Dergisinin yayınına ilişkin temel kuralları düzenlemektir.
- 1.2. Suç ve Ceza Dergisi (Dergi), ceza hukukuyla bağlantılı alanlarda uygulamanın, doktrinin, ceza hukuku biliminin gelişmesine katkıda bulunmak ve bu konuda bir bilimsel başvuru kaynağı oluşturmak amacıyla yayınlanmaktadır.
- 1.3. Ceza hukukunun genel hükümleri, suç genel teorisi, ceza hukukunun özel hükümleri, ceza muhakemesi hukuku, ceza infaz hukuku, kriminoloji, viktimoloji, adli tıp, suç ve ceza felsefesi ve sosyolojisi, uluslararası ceza hukuku ve karşılaştırmalı ceza hukuku Dergide yayınlanan yazılarda ele alınabilecek konulardır.

2. İçerik

- 2.1. Derginin amaç ve kapsamına giren konularda makale, kronik, çeviri, inceleme, araştırma, güncel olaylara ilişkin açıklama, toplantı, panel, konferans ve kongre haberleri Dergide yayınlanabilir.

Aynı zamanda, Türk Ceza Hukuku Derneği tarafından düzenlenen forum, konferans, panel, kongre ve benzeri bilimsel toplantıların raporları, bu toplantılar esnasında sunulan bilimsel çalışmalar ve Uluslararası Ceza Hukuku Derneği'nin (AIDP) düzenlediği Kongre ve Kolokyumların Raporları da Dergide yayınlanabilir.

3. Tanımlar

Bu yönergede geçen;

TCHD: Türk Ceza Hukuku Derneğini,

Derginin sahibi: TCHD İktisadi İşletmesi adına Suç ve Ceza Dergisinin sahibi olarak TCHD Yönetim Kurulu Başkanını,

Sorumlu müdür: 5187 sayılı Basın Kanununun 5. maddesinde belirtilen koşulları taşıyan, TCHD Yönetim Kurulu tarafından tespit edilen TCHD üyesi kişiyi,

Yayın Kurulu: Derginin sahibi olarak TCHD Yönetim Kurulu Başkanı, sorumlu müdür ve TCHD Yönetim Kurulu tarafından Dergide görev alması için tespit edilen, içlerinde genç ceza hukukçuları da olmak üzere, TCHD üyelerinden oluşan kurulu,

Hakem Kurulu: Alanında öne çıkmış, yayın kurulu tarafından belirlenen en az beş farklı üniversitede görev yapan Profesör ve Doçentlerden oluşan öğretim üyelerini,

Editör: Yayın Kurulu tarafından iki yıl görev yapması için seçilen TCHD Yönetim Kurulu üyesini,

Editör Yardımcısı: Editör tarafından seçilen TCHD üyesini ifade etmektedir.

4. Hedef Kitle

Dergi, ağırlıklı olarak ceza hukuku alanında çalışan akademisyenler, araştırmacılar ve uygulamada faaliyet gösteren diğer meslek grupları (hakim, savcı, avukat vb.) olmak üzere, ceza hukuku alanları ile ilgilenen herkese yöneliktir.

İKİNCİ BÖLÜM

Görevler, Yayın İlkeleri, Yazım Kuralları

5. Görevler

5.1. Yayın Kurulu

5.1.1. Yayın Kurulu; yayın politikalarının oluşturulmasını ve yayınların TCHD Tüzüğünde belirtilen amaçlar doğrultusunda biçim ve içerik olarak yüksek nitelikte çıkarılmasını sağlar.

- 5.1.2. Yayın Kurulu, Dergiye gönderilen yazıları; biçim, alan uygunluğu ve yayın ilkeleri açısından inceleyerek hakem değerlendirmesine sunulmasını sağlar.
- 5.1.3. Hakem değerlendirmelerini de göz önüne alarak, yazının yayınlanıp yayınlanmayacağını tespit ederek, hakem raporlarının tamamlanma tarihine göre yazıların yayın sıralamasını yapar.
- 5.1.4. Hakem Kurulunun değerlendirmesinden sonra bir yazının yayınlanıp yayınlanmaması konusunda vardığı sonuçları Değerlendirme Raporunda belirtir.
- 5.1.4. Derginin belirli bir sayısında, tespit edilen bir temanın işlenmesini veya özel sayı çıkarılmasını kararlaştırabilir.
- 5.1.5. Dergi editörünü seçer.
- 5.1.6. Yayın Kurulu yılda en az dört kez toplanır ve görev süresi iki yıldır.

5.2. Hakem Kurulu

- 5.2.1. Hakem Kurulu, Dergiye gönderilen yazıları; içerik, yöntem ve özgünlük açısından inceleyerek yayına uygun olup olmadığına karar verir.
- 5.2.2. Hakemler, gönderilen yazılarla ilgili vardıkları sonuçları Değerlendirme Raporlarında belirtirler.

5.3. Editör

- 5.3.1. Derginin, belirlenen yayın ilkelerine ve yayın etiğine uygun olarak hazırlanması ve düzenli olarak çıkarılmasını sağlar.
- 5.3.2. Yayın Kurulu üyeleri arasındaki koordinasyonu sağlar.
- 5.3.3. Yayın Kurulu adına Derginin yazı işleriyle ilgili sorumlulukları üstlenir.
- 5.3.4. Görev süresi iki yıldır.

5.4. Yardımcı Editör

Teknik konularda ve yazıların takibinde editöre yardımcı olur.

6. Yayın İlkeleri

- 6.1. Dergi; yılda dört sayı olarak, üç ayda bir; Ocak, Nisan, Temmuz ve Ekim aylarında yayınlanır.
- 6.2. Dergide yayınlanan yazılar yazarların kişisel görüşünü yansıtır. TCHD'nin adı ve logosu ile birlikte yayınlanan yayınların hiçbiri TCHD adına bağlayıcı nitelikte değildir ve TCHD'nin resmi görüşü olarak nitelendirilemezler.
- 6.3. Suç ve Ceza Dergisinde yayınlanmak üzere gönderilen yazılar, kendi alanında uygun araştırma ve yöntemler kullanılarak hazırlanmış olmalı, işlediği konuya yeni bir boyut getirecek şekilde özgün çalışma koşullarını taşımalı ve daha önce hiçbir yayın organında yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
- 6.4. Dergi Yayın Kurulu, biçim ve alanlar açısından uygun bulunduğu yazıları konunun uzmanı hakemlere (iki hakeme) gönderir, değerlendirmelerin ikisi de olumlu ise yayına kabul edilir. Biri olumlu, diğeri olumsuz ise makale üçüncü bir hakeme gönderilir.
- 6.5. Dergi Yayın Kurulu tarafından Hakem değerlendirmesine sunulacak yazılar; makale, kronik, çeviri, inceleme ve araştırmalar ve benzeri çalışmalardır..
- 6.6. Dergiye gönderilen çeviriler için, yazı sahibinin yayın izni ve metnin orijinali gereklidir.
- 6.7. Yayınlanması için düzeltilmesine karar verilen yazıların, yazarları tarafından en geç (posta süresi dâhil) bir ay içerisinde teslim edilmesi gereklidir. Düzeltilmiş metin, gerekli görüldüğü durumlarda, değişiklikleri isteyen hakemlerce tekrar incelenebilir.
- 6.8. Hakem Kurulu tarafından yayınlanması uygun bulunan yazıların yayınlanıp yayınlanmaması, belirli bir sayıda yayınlanması gibi konularda nihai karar verme yetkisi Yayın Kuruluna aittir. Bu karar, yazı sahibine bildirilir. Yayın Kurulunun bu kararlar için gerekçe gösterme zorunluluğu yoktur.
- 6.9. Gönderilen yazılarda yayın kurulunun saptadığı yayın ilkeleri doğrultusunda biçimsel düzeltmeler yapılabilir.

- 6.10. Yazarlar, hakem ve Yayın Kurulu'nun eleştiri, değerlendirme ve düzeltmelerini dikkate almak zorundadırlar. Katılmadığı hususlar olması durumunda, yazar bunları gerekçeleri ile ayrı bir sayfada bildirme hakkına sahiptir.
- 6.11. Yazıların hakem değerlendirmesine sunulmasında iki taraflı kör hakemlik sistemi uygulanır. Yayın Kurulu tarafından karar verildiği takdirde, Derginin yıl sonunda yayınlanan son sayısında, o yıl görev alan hakemlerin bir listesi verilebilir.
- 6.12. Yazılar, yayınlanmış olsun ya da olmasın, sahibine iade edilmez.
- 6.13. Makaleler, başlangıç kısmına yazılmış, Türkçe ve yabancı dilde (İngilizce vd.) hazırlanmış makale başlıklarını da içeren 250 kelimeyi aşmayan özet ile Türkçe ve özetin yazıldığı yabancı dilde beş anahtar kelimeyle beraber gönderilmelidir. Yazının sonunda, yazıda kullanılan bütün kaynakların belirtildiği bir "kaynakça listesi" verilmelidir.
- 6.14. Yazar adı, sağ köşeye, italik koyu, 12 punto olarak yazılmalı; unvanı ve çalıştığı kuruluş dipnotta (*) işareti ile 10 punto yazılarak belirtilmelidir. Diğer açıklamalar için yapılan dipnotlar metin içinde ve sayfa altında numaralandırılarak verilmelidir.
- 6.15. Yazılar bilgisayar ortamında hazırlanır. Yazarlar; adres, telefon, e-posta ve faks bilgilerini ekleyerek, yazının bir çıktısı ile birlikte bilgisayar ortamında hazırlanmış bir kopyasını, elektronik posta yoluyla Yayın Kuruluna gönderir veya bilgisayar ortamında görüntülenmesini sağlayacak CD, DVD, flash bellek veya benzeri bir araca kaydederek Yayın Kuruluna teslim eder veya (Nuruosmaniye Cad., No:56, K:4, Cağaloğlu/İstanbul) adresine gönderirler.
- Yazının, Yayın Kuruluna teslim edilen çıktısı A4 standardında (21 x 29.7 cm., 80 g/m²) beyaz kağıda çoğaltılmış, net ve okunaklı bir kopya olmalıdır.
- 6.16. Son şekli verilen yazılar, yazarlara bir ön yazı ile gönderilir, son düzeltmeler yapılarak, makale teslim formu ile yazar telif sözleşmeleri yazarlar tarafından onaylanır.

- 6.17. Taslak olarak hazırlanmış Dergi, basılı olarak ya da PDF formatında editörün onayına sunulur ve editörün yazılı onayından sonra yayınlanır.
- 6.18. Hakem ve Yayın Kurulu Değerlendirme Raporları iki yıl boyunca saklı tutulur.
- 6.19. Bu Yönergede belirtilen bütün esaslar Derginin elektronik ortamda yayınlanması halinde de geçerlidir.

7. Genel Yazım Kuralları

Suç ve Ceza Dergisinde yayınlanacak yazılar aşağıda belirtilen yazım kurallarına uygun olmalıdır:

7.1. Yazım şekli

Metin, **12 punto boyutunda Times New Roman** yazı karakteri kullanılarak, dik ve normal harflerle yazılır. Dipnotlar ise, 10 punto boyutunda, metnin genelinde kullanılan yazı karakterinde, dik ve normal harflerle yazılır. Aynen veya kısaltılarak yapılan alıntılar tırnak içinde ve *yatık (italik) karakter* kullanılarak belirtilir. **Koyu (bold)** harfler başlıklarda, *yatık (italik)* yazı yabancı dildeki deyim ve özel isimlerde kullanılır. Virgül, nokta ve öteki noktalama işaretlerinden sonra bir karakter boşluk bırakılır.

7.2. Yazım kuralları ve noktalama

Dergide yayınlanan bütün yazılarda ve Türkçe özetlerde, yazım ve noktalama kurallarında, Türk Dil Kurumu'nun yayımladığı **Yazım Kılavuzu** esas alınır.

8. Yürürlük

- 8.1. Bu Yönerge, TCHD Yönetim Kurulu tarafından kabulünden sonra yürürlüğe girer.
- 8.2. Bu Yönergeyi, TCHD Yönetim Kurulu yürütür.