

# Suçu Tanımlayan Normun Yorumu: Yama Teorisi

Cengiz OTACI<sup>1</sup>

## Özet

Maddi ceza hukuku normlarından beklenen, suç olarak kabul edilen fiilin ne olduğunu açıkça göstermesidir. Fakat bu beklenti, kimi suçların doğası gereği mümkün değildir. Bu durumda hangi fiillerin suç olarak tanımlandığını belirlemek bir yorum meselesi halini alır ve yorumun keyfi olmasını denetleyecek bir mekanizmaya ihtiyaç duyulur.

Sosyal hayatta değişim kaçınılmazken hukuk, belirli bir istikrarı sağlama yükümlülüğü altındadır. Yorum, değişmezi temsil eden normla değişen sosyal ihtiyaçlar arasında, değişimle sürekliliğin hukuki dengesini sağlamak zorundadır. Kurulacak dengede yorumun suçun özüyle tutarlı olması ve makul şekilde öngörülebilirlik şartını sağlama, kanunilik ilkesinden çıkartılan iki yol gösterici ilkedir.

Her norm yoruma açıktır. Yeni ihtiyaçlar, yeni yorumu zorunlu kılar. Yeni yorum, bir önceki yorumla bağlarını tamamen kopartmış, onunla ilgisi olmayan yorum olamaz. Yeni yorum, öncekilerle bağlantısını sürdürmeli bu şekilde hukuki istikrar sağlanmalıdır. İhtiyaç duyulan yeni yorum, yama yorumdur. Yama yorum, yama yapılacak, önceden var olan ve sürdürülen bir yorumun varlığını zorunlu kıldığı için, önceki yorumla uyumlu olmak, önceki yorumu işlevsel kılmak gibi

bir amaca hizmet eder. Yama yorum, suçun özüyle tutarlı olma ve makul şekilde öngörülebilirlik şartını sağlama yükümlülüğü sayesinde hem normla hem de yama yapılan önceki yorumla hukuksal ve mantıksal bağı devam ettirir. Bu şekilde hukuki düşünsel faaliyetin birikimli ilerlemesi sağlanır. Birikimle oluşmuş ve ilerletilmiş yorum, yama yorumlarla sürekli güncellenerek değişimle süreklilik dengesi kurulur. Yorumda keyfiliğin önlenmesi yama yorum teorisiyle mümkün olabilir.

**Anahtar Kelimeler:** yorum, kanunilik ilkesi, yorumda yama teorisi, suçun özüyle tutarlı yorum, makul şekilde öngörülebilir yorum

## SUÇ ve SUÇU TANIMLAMAK NEDİR?

Suç nedir? sorusunun cevabı, hukuki pozitivizme gönülden inanan bir ceza hukukçusu için en basit haliyle “*kanunun suç olarak kabul ettiği ve cezasını gösterdiği*” fiildir. Bu standart tanıma göre suç, kamu düzenini bozan, korunan hukuki değer(ler)i ihlal eden, kişiye ya da topluma karşı haksızlıktır.

<sup>1</sup> Hâkim, E-posta: cengizotaci@gmail.com

Kanunilik ilkesi gereğince suçun, keyfiligi önleyecek şekilde kanunda tanımlandığı varsayılır. Genel kanunun aksine, suç düzenleyen normlar, yasaklanmış davranışın ne olduğunu her zaman eksiksiz tanımlamaz. Kanunların, bir suç düzenlerken kaleme alınışını üçe ayırmak mümkündür.

Kimi zaman yasaklanmış davranış eksiksiz tanımlanır. Örneğin *“zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malın, kendisine veya başkasına bir yarar sağlaması maksadıyla bulunduğu yerden alınması”* hırsızlık suçunu oluşturur (TCK md 141/1). Hırsızlık suçuna dair bu tanımlama, suçun fiilini eksiksiz bir şekilde metinde göstermiştir. Bu eksiksiz tanım bile kimi zaman somut olay karşısında sorunlu hale gelir ve yan normlarla tanım desteklenir. Kendi ceketini zannıyla bir başkasının ceketini vestiyerden alan kişinin fiili, hırsızlık tanımına tam olarak uymaktadır. Fakat yan norm olan hata düzenlemesi (TCK md 30) fiilin suç olmayacağını söyler.

Kanunlar kimi zaman fiilden hiç bahsetmez, sadece bir sonuçtan bahseder ve sonucu meydana getiren tüm fiillerin suç olduğunu ifade eder. Bir insanı kasten öldürme (TCK md 81), kasten başkasının vücuduna acı verme veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olma (TCK

md 86), hakaret (TCK 125) gibi suçlarda kanun, sadece sonuçtan bahsetmiştir. Kanuna göre sonucu meydana getiren her fiil suçtur. Kanunun, fiilin ne olduğu söylememesinin elbette geçerli bir mazereti vardır. Sonucu meydana getirecek fiillerin neler olduğunu sayarak tüketmek mümkün değildir. Bir insanı öldürmenin ya da yaralamanın, hakaret etmenin bin bir çeşit yolu ve şekli vardır. Olası tüm fiilleri saymak yerine sonuçtan bahsederek o sonucu meydana getirecek her türlü fiilin suç olduğunu kabul etmek daha makuldür.

Öyle suçlar vardır ki kanun bunların sadece adını söyler ve adını söylediği suçların ne fiilinden ne de sonucundan bahseder. Kanunlarda örgüt kurmak, örgüt yönetmek, örgüte üye olmak (TCK md 220, 314), örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işlemek<sup>2</sup> (TCK 220/6), örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dâhil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım etmek (TCK 220/7) şeklinde ifade edilen suçlarla görevde yetkiyi kötüye kullanma (TCK md 257) suçları bu cümledendir.

Suç tanımlayan kanunların lafzı her zaman net olamaz. Çünkü kanunlar, kimi zaman genel uygulamaya dair prensibi içerir. Kanunlarla suç oluşturulurken başvuru standart tekniklerinden biri, suç tüm yönleriyle ek-

2 5237 sayılı Kanun'un 220. maddesinin (6) numaralı fıkrasının öngörülebilirliğine ilişkin değerlendirmelere başlarken ilk olarak söz konusu kuralda yer alan “örgüt adına işlenen suç” ifadesinden ne an-

siksiz tanımlamak yerine yol gösterici genel ifadeler kullanmaktır. Bu nedendir ki birçok kanun, bir tercih meselesi olarak bir miktar belirsiz (muğlak) ifadeler kullanır. Bir kanun metni ne kadar net kaleme alınırsa alınsın, içinde daima yoruma açık unsurlar olacaktır (*Başkaya ve Okçuoğlu/Türkiye* [BD], § 39). Kanunun net olması arzu edilir. Fakat netlik, içinde aşırı bir katılığı da barındırabilir. Aşırı katılık, kanunun değişen koşullara ayak uydurabilmesini önler. Kanunların, zorunlu olarak belirsiz (muğlak) ifadelerle başlanması, anlamı netleştirme görevinin yargı mercilerine bırakıldığını gösterir. Yargı mercileri, kanunun belirsiz noktalarını açıklığa kavuşturmakla yükümlüdür. Ceza hukuku da diğer hukuk dalları gibi değişen toplumsal hayat karşısında, hukuk yaratmak suretiyle aşamalı (tedrici) gelişimini sürdürmek zorundadır (*Del Rio Prada/İspanya*, [BD], § 93)<sup>3</sup>.

Kanunsuz suç ve ceza olmaz (*nulum crimen, nulla poena sine lege*) ilkesi, her suçun ve cezanın bir kanuna dayanması gerektiğini kabul eder.

Çünkü suçun varlığını kabul etmekle, suçun temas ettiği bazı temel hak ve özgürlüklere müdahale edebilmenin meşru yolu açılmış demektir. Bu nedenle suç, daima şekli bile olsa bir kanunun bulunmasını zorunlu kılar (*Bülent Polat* [GK], § 75; *Fatih Sarıman* [GK], § 65). Ancak suça dair bir kanunun bulunması, kanunun, her durumda suçu tanımlama yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılabileceğini kabul etmemize yeterli olmaz. Çünkü suç olduğu ileri sürülen fiil ile kanunun metnini bağdaştırmak da bir yorum meselesidir.

Yorum, normun, değişen hayat koşulları karşısında güncellenmek suretiyle varlığını ve etkinliğini muhafaza etmek olduğuna göre, yorumun da zamanla değişebileceği hatta değişmesi gerektiği sonucuna varılır.

Yorumcu, normu yorumlarken öyle hassas bir denge kurmalıdır ki, hem yorum yoluyla normu değişen hayat koşulları karşısında güncellemeli hem de bunu yaparken fiil ile normu bağdaştırıp normun içinde kalmayı başla-

laşılması gerektiğine dair kanunda herhangi bir açıklamaya yer verilmediği belirtilmelidir. Buna ilave olarak Yargıtay da bu ifadeye ilişkin değerlendirmelerini her somut olayın koşullarına göre yapmaktadır. Ancak gösteriler bağlamında Yargıtay bu ifadenin ve genel olarak 5237 sayılı Kanun'un 220. maddesinin (6) numaralı fıkrasının anlamını, Ceza Genel Kurulunun 4/3/2008 tarihli kararı ve sonraki kararlarıyla detaylandırmıştır. Hamit Yakut, [GK]§ 88.

3 Bununla birlikte bir kuralın karmaşık olması ya da belirli ölçülerde soyutluk içermesi, bu nedenle hukuki yardım ile tam olarak anlaşılabilir hâle gelmesi veya kullanılan kavramların anlamlarının hukuksal değerlendirme sonucunda ortaya çıkması tek başına hukuken öngörülebilirlik ilkesine aykırı görülmez. Ayrıca ilgili kanuni düzenleme temel haklara ne oranda müdahale ediyorsa söz konusu düzenlemede aranacak belirlilik oranı da aynı doğrultuda yükselecektir. Bk Sara Akgül, [GK], § 109; Hayriye Özdemir, § 58, Hamit Yakut [GK], § 80.

rabilmelidir. Yorum, değişimle süreklilik arasındaki dengeyi hukuka uygun olarak kurabilmektir. Tam olarak bu noktada yorum yapan yargı mercilerine yol gösterecek iki ilkedен söz edebiliriz; yorum, değişen hayat koşulları karşısında suçun özülüyle tutarlı olmalı ve makul olarak öngörülebilirlik şartını yerine getirmelidir. Bu ilkeler, cezai sorumluluk kurallarının yorum yoluyla aşamalı (tedrici) olarak netleştirilmesine imkân tanır (*Del Rio Prada/İspanya*, [BD], § 93; *S.W. ve C.R./Birleşik Krallık*, § 36 ve § 34; *Streletz, Kessler ve Krenz/Almanya*, § 50; *K.-H.W./Almanya* [BD], § 85; *Korbely/Macaristan* [BD], § 71, *Kononov/Letonya* [BD], § 185, *Parmak ve Bakır/Türkiye* § 59). Yorumun aşamalı gelişimi, var olan ya da değiştirilen yorumun, değişimle birlikte süreklilik dengesini koruması, normun keyfi yorumlanmasına engel olması gerekir.

“*Nullum crimen, nulla poena*” ilkesi, doğrudan olmasa da içerdiği anlam itibarıyla suç içeren ve vatandaşlara bir yükümlülük yükleyen kanunun, asgari bir maddi içeriğe sahip olması gerektiğini ifade eder. Kanunilik ilkesi, ilk olarak şekli bir kanunun varlığını gerekli kılar (*Tuğba Arslan*, [GK], § 96). İlke, doğrudan, kanunun, hangi durumda suçu tanımlama yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılabileceğini ifade etmediğinden, temel haklara müdahalenin meşru olabilmesi için başlangıçta şekli de olsa bir kanunun

bulunması gerekirse de, bu zorunluluk, tek başına ilkeyi ayakta tutmaya yeterli olmaz. İkinci aşamada şekli olarak var olan kanunun, taşıdığı maddi içeriğin, vatandaşlara, davranışlarını ayarlama, sınırlama konusunda asgari güvenceler sağlaması gerekir. Bu da kanunun belirlilik niteliğini öne çıkarır. Kanunilik ilkesi, kanunun *erişilebilirliği* ve *öngörülebilirliği* ile kesinliğini ifade eden *belirliliğini* garanti altına alır. Belirlilik, bir kuralın keyfiliğe yol açmayacak bir içerikte olması demektir. Temel hakların sınırlandırılmasına ilişkin kanuni düzenlemenin içerik, amaç ve kapsam bakımından belirli ve muhataplarının hukuksal durumlarını algılayabilecekleri açıklıkta olması gerekir. Bu ilkeye göre yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı bireylere koruyucu birtakım güvenceler içermesi gerekir. Bir kanuni düzenlemede hangi davranış veya olgulara hangi hukuksal sonuçların bağlanacağı ve bu bağlamda kamusal makamlar için nasıl bir müdahale yetkisinin doğacağı belirli bir kesinlik ölçüsünde ortaya konmalıdır. Bu durumda bireylerin hak ve yükümlülüklerini öngörerek davranışlarını bu doğrultuda tanzim etmeleri olanaklı hâle gelebilir. Böylece hukuk güvenliği sağlanarak kamu gücünü kullanan organların keyfi davranışlarının önüne

geçilebilir (*Hamit Yakut*, [GK], §§ 76-80, *Ömer Faruk Gergerlioğlu* [GK], §§ 73-78, ayrıca *Bk Ayşe Ortak* [GK], §§ 72-77).

AİHM; kanunda öngörülen koşulları, bir diğer ifadeyle hukukiliği geniş yorumlayarak istikrar kazanmış yargı kararlarına dayanan içtihat yoluyla geliştirilmiş ilkelerin de hukukilik şartını karşılayabildiğini kabul ederken (*Malone/İngiltere*, §§ 66-68; *Sunday Times/Birleşik Krallık* (No. 1), § 47) Anayasa, tüm sınırlandırmaların mutlaka kanun ile yapılacağını öngörerek Sözleşme'den daha geniş bir koruma sağlamıştır (*Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, § 31; *Bülent Polat*, § 75). Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının ancak kanunla yapılacağına ilişkin 13. maddesi, bir kanun hükmü olmaksızın yürütme ve idarenin bir hak ve hürriyeti ilk elden düzenleyici işlemle sınırlamasına izin vermez (*Tuğba Arslan* [GK], § 87; *Musa Küçükabacı*, § 34).

Kanun, temel haklara ne oranda müdahale ediyorsa, kanunda aranacak belirlilik oranı da aynı doğrultuda yüksek olmalıdır (*Sara Akgül*, [GK] § 109; *Hayriye Özdemir*, § 58). Suç içeren kanunun taşınması gereken asgari maddi içerikteki belirlilik, mutlak belirlilik değildir. Zira kanunun karmaşık, bir ölçüde belirsiz ya da soyut olması belirsizlik sayılmaz. Bu tür kanunlar, hukukçulara danışılmak suretiyle alınacak hukuki yardımla tam olarak

anlaşılabilir hâle gelir (*Del Rio Prada/İspanya*, [BD], § 79, *Kafkaris/Kıbrıs*, [BD], § 140, *Ömer Faruk Gergerlioğlu* [GK], § 78). Tehlikeli olan, belirlilik ilkesine uygun olmayan kanunun, erişilebilir ve makul ölçüde öngörülebilir bir yargısal yorumunun bulunmayışıdır. Bu durum, "*Nullum crimen, nulla poena*" ilkesini ihlal eder. Çünkü belirli olmayan kanun ve makul şekilde öngörülemez yorum, keyfi davranışlarla suç ve ceza üretmeyi engelleme kapasitesine sahip değildir. Bu nedenle de kanundan etkilenen vatandaşlar için bir garanti işlevi görmemektedir (Bk *Alimuçaj/Arnavutluk*, §§ 154-162; *Del Rio Prada/İspanya*, [BD], § 93).

Toparlayacak olursak, kanunlar, her zaman suçun tüm unsurlarını metinde göstermez, gösteremez. Kanun metni ne kadar özenle yazılırsa yazılsın, her zaman yoruma açık yerler bulunur. Kanunun içeriği, davranışları ayarlamaya olanak verecek şekilde açık olmalıdır. Yargı mercilerinin yorumları, kanunun içeriğini belirlemede en önemli faktördür. Kanun gibi yorum da zamanla değişebilir. Değişen yaşam koşulları, normun varlığını ve etkinliğini sürdürbilmesi için suçun kapsamına dair yeni yorumlar yapılmasını zorunlu hale getirir. Yorum yapan yargı mercileri, bir yandan normu yeni koşullara uyarlamak öte yandan bunu yaparken normun içinde kalmak gibi bir zorluk ve zorunlulukla karşı karşıyadır. Bu zorunluluk, kanunilik ilkesi-

nin dayattığı belirliliğin bir sonucudur. Yorumun, kanunun bilinçli boşluğunu kapatması, özrünü gidermesi, vatan-daşlara güvence sağlaması ve hukuka uygun olabilmesi için, suçun özülüyle tutarlı ve makul şekilde öngörülebilir olması gerekir.

### YORUMUN ANA KARAKTERİSTİĞİ

Yorum, soyut ve genel olan normun, geçmişte yaşanmış, aktörleri, fiili ve sonucu belli somut olayla ilgisi-nin/bağının kurulması, olayın normun kapsamında olduğunun belirlenme-sidir. Norm tek olduğu halde, somut olaylar teorik olarak sonsuz sayıdadır ve her biri ötekinden farklıdır. Soyut ve genel olan norm, birbirinden fark-lı somut olaylara uygulanırken somut olayların farklılığı, zamanla ortaya çı-kan yeni gelişmeler ve sosyal hayatın değişkenliği adalet, eşitlik ve hakkaniyet gereğince ister istemez normun yorumunu gözden geçirmeyi, yoru-mun güncellenmesini gerektirir. Zira yorum, değişmez, değiştirilemez bir uyarılama değildir.

Hukuki güvenlik ilkesinin gerekleri ve bireylerin meşru beklentilerinin korunması, içtihadın değişmezliği, ilelebet devam etmesi gerektiği şeklinde anlaşılabilir (*Unédic/Fransa* § 74, *Nej-det Şahin ve Perihan Şahin/Türkiye*, [BD] § 58). Mahkemelerin yorumla-rında dinamik ve evrilen bir yaklaşımı sürdürmesine izin verilmemesi, huku-

kun reformuna ya da gelişimine engel olacağından yorumda değişim, adale-tin iyi idaresine aykırılık teşkil etmez (*Atanasovski/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti* § 38).

Yeni kabul edilen ve üst mahkemeler tarafından yorumu netliğe kavuşturulamayan kanunların farklı yorumla-rının bir süreliğine aynı anda hukuki dolaşımında olması mazur görülebilir. Çünkü farklı yorumlardan bir kısmının elenerek nihai görüşün netleşmesi ve bunun da süreklilik kazanması haliyle zaman alır (*Zielinski ve Pradal ve Gonzalez ve digerleri/Fransa* [BD], § 59; *İslam Şahin*, § 54; *Uğur Çelik*, § 53).

Normun belirli bir süre yürürlükte kalmasının ardından, yargı mercilerinden beklenen, normun yorumunun artık istikrar kazanması, tutarlı hale getirilmesidir. Mahkemelerin, zaman içinde yerleşmiş ve hukuk kamuoyu tarafından bilinen yorumlarında ani ve öngörülemez bir değişikliğe gitmesi ya da yasayı yanlış bir biçimde genişleterek uygulaması, kanunun öngörülebi-lirliği ilkesine aykırı olacaktır (*Ömer Faruk Gergerlioğlu*, [GK], § 46/v).

Zaman içinde olgunlaşan, netleşen, tutarlı hale gelen ve artık hukuk kamuoyu tarafından bilinen yorum, bir süre hukuki ihtiyaçları karşılamaya yeterli olabilir. Hızla değişen ve gelişen toplumsal ihtiyaçlar, önceki yorumların yapılmasına neden olan olaylardaki

farklılıklar, yargı mercilerine eski yorumu güncellemeyi bir zaruret olarak dayatmaya başlar. Böyle bir durumda yorum yapan yargı mercileri kanunilik ilkesi gereğince iki yükümlülük altındadır; Değişen hayat koşulları karşısında güncellenen yorum, suçun özülüyle tutarlı olmalı ve güncellenen yeni yorum makul olarak öngörülebilirlik ölçütünü karşılamalıdır (*Streletz, Kessler ve Krenz-Almanya, §50; Del Pio Prada-İspanya, [BD], § 141*).

Yorumun, suçun özülüyle tutarlı olması ve makul şekilde öngörülebilirlik şartını taşıması, yorumun normla ilişkisinin devam ettirilmesinin ötesinde bir yükümlülüktür. Çünkü yorum zaten normun içinde kalmak zorundadır ve her halükârda yeni de olsa yorum, normla ilişkisini kesemez. Suçun özülüyle tutarlı olma, yorumun, hem normun kendisinin hem de o norma dair eski yorumların genetik yapısına, dokusuna, varlık nedenine ve ruhuna (*ratio legis*) uygunluğunu garanti eder. Normu çarpıtmayı, başkalaştırmayı engeller. Makul şekilde öngörülebilirlik şartı ise, ortalama bir insanın, norm ile yorumu arasında anlam bağlantısını kurabilmesi, o normdan bu anlamda çıkabilir demesidir. Normun birçok anlamı, uzanabileceği geniş bir alanı olabilir. Makul şekilde öngörülebilirlik, ister uzak anlam ister uzak alan olsun, sonuçta yorumla norm arasında bir bağlantı kurarak, anlamla norm arasında doğal ve makul sonuç ilişki-

si kurar. Normun uzak anlamı ya da geniş alanını, parça bütün ilişkisine benzetmek mümkündür. Normu oluşturan parçaların kullanılması suretiyle yeniden kurulacak yap-boz (yorum) faaliyetinde, ortaya çıkartılacak yeni bütünün, asli parçaları var eden fikinsel bütünle uyumlu olmasını ifade eder. “Evet, yeni bir kurguyla o parçalardan bu şekil de elde edilebilir” denilmesi halinde, parçalar arasındaki uyumdan yani makul şekilde öngörülebilirlikten bahsedilebilir. Her iki şart, sonuçta keyfi yorum yaparak, ilgili normun kapsamına girmeyen fiillerin de suç olarak tanımlanmasına izin vermez. Makul şekilde öngörülebilirlik, yorumun normun dışına taşmasına, ilgisiz alanlara sıçramasına izin vermez.

### **Başlangıç Yorumu, Terk Edilen Yorum ve Yeni Yorum**

Yorumun, suçun özülüyle tutarlı olması ve makul şekilde öngörülebilirlik şartı, hem ilk kez yapılacak yorumda hem de var olan yorumun ilerletilmesinde dikkate alınması gereken ilkelere dir. Çünkü değindiğimiz üzere normun değişmesi gibi yorumun da değişmesi kaçınılmazdır.

Başlangıç yorumu, norma dair ilk kez yapılan yorumdur. Bu yorum doğru olabileceği gibi yanlış ya da eksik olabilir. Doğru yorum, norm yürürlükte kaldığı sürece uygulanacak, yanlış yorum ise doğaldır ki terk edilecektir. Maksudı ifade etme zafiyeti taşıyan,

hukuk düzeniyle kısmen çatışan, yeteri kadar kapsayıcı olmayan yorumlar ise zamanla ilavelerle güçlendirilir.

Bir keşif faaliyeti olarak önceki somut olaylardan hareketle var edilen başlangıç yorumunun, tasarlanmış fakat tümüyle öngörülememiş, zamanla aksayan ya da artık amacı karşılama kapasitesini kısmen ya da tamamen yitirmiş eski yoruma ilaveler yaparak fonksiyonlarını sürdürmesine yardım etmesi, yoruma “yama” (ilave) yapılmasıdır. Mevcut yoruma yapılacak yama, değişen sosyal hayatın somut olaylarındaki farklılıkların, adalet, eşitlik ve hakkaniyet gereğince yine mevcut olan normla bütünleştirilmesi, olay-norm uyumunun sağlanması faaliyetidir. Bunu yaparken tıpkı başlangıç yorumu gibi yama yorumun da suçun özünü tutarlı olması ve makul şekilde öngörülebilirlik şartını taşıması gerekir.

### **YORUMDA YAMA (PATCH) TEORİSİ**

Yorumun doğası, birbirinden ilgisiz, birbirini yok eden ya da öngörülemez şekilde aniden değişen fikirlerin birbirlerinin yerine ikame edilmesine kapalıdır. Yeni kabul edilen bir kanun için bir süreliğine birbirini yok eden yorumların aynı anda dolaşımında olması bir mazeret ise de, uzun zaman yürürlükte kalan normların yorumu bu mazeretten yararlanamaz. Zira yorum, hukuk dünyasında en az norm kadar

hatta bazen normdan daha etkilidir. O kadar ki zaman içinde hukukçular, normu metniyle değil, kabul edilen ve uygulanan yorumlarıyla bilir. Yorumun, metni temsil eden kimi zaman da yutan/kapsayan bir yönü olduğu inkâr edilemez.

Yorum, farklı görüş ve düşüncelerin çatışması sonucunda zaman içinde hukuk kamuoyunda benimsenen ortak bir anlayış zeminine oturur. Bu durum, istikrar ve belirli bir tutarlılık anlamına gelir. İstikrar, yorumun ilelebet hiç değiştirilmeden olduğu gibi muhafaza edilmesi değildir. Somut olayların farklılığı ve değişen toplumsal ihtiyaçlar karşısında değişimle sürekliliğin uyumlu bir ilişkisine ihtiyaç duyulur. Tutarlılık, değişimle süreklilik ilişkisinin ahenk içinde yürütülmesi, değişimin sürekliliğe uyarlanmasıdır. Bu da birikimli ilerleme demektir.

Birikimli ilerleme, işlevsel olması gereken yorumun, yeni ihtiyaçların dayatmasıyla yamalar sayesinde güncellenmesidir. Birikim ve ilerleme, özünden taviz vermeden eski yorumun yeni ilavelerle (yama) normun zaman yolculuğunu sürdürmesidir. Birikim, asla birbirine benzemeyen olaylardan edinilen tecrübelerle normu olası en esnek haliyle yorumlarken farklı tecrübelerden yararlanma, ilerleme ise yararlanılan tecrübelerden elde edilen çıkarımların yoruma yansıtılmasıdır. Her yargılama faaliyeti, normun top-



lumsal ihtiyaçları karşılayacak anlama içeriğine sahip olup olmadığını test etmeye yarayan çıktılar üretir. Yama, bu çıktıların önceki anlama ilave edilmesini zorunlu kılan anda devreye girer.

Günümüzde elektronik cihazların (donanım) belirli amaçlar için verimli, uyumlu, doğru ve istenildiği gibi çalışmasını sağlamak, emir-komut, tanım ve veri sistemleri (yazılım) sayesinde mümkündür. Bilgisayarlardan fabrikalarda çalışan makinalara, cep telefonlarından uydu sistemlerine kadar irili ufaklı hemen her elektronik alet (donanım), bir yazılım içerir. Yazılım, cihazların (donanım) çalışma zamanını ve şeklini düzenler. Cihazlar arasında ilişkiyi tanımlar, onları birbirine entegre eder. Kısacası cihazları kullanabilmemiz, onlara iş yaptırmanın program denilen yazılımla mümkündür.

Bir yazılım, kendini var eden temel amaca uygunsa ve ihtiyaçları karşılıyorsa mevcut haliyle varlığını devam ettirir. Fakat zaman içinde yeni ihtiyaçlar olabileceği gibi mevcut yazılımda küçük aksaklıklar da doğabilir. İlave ihtiyaçları karşılamak ya da küçük aksaklıkları gidermek için mevcut yazılım bir kenara atılıp, sil baştan yeni bir yazılım yapılmaz. Mevcut yazılım sadece yama (patch) yazılımlarla desteklenir. Yama yazılım, mevcut yazılımdaki bir hatayı gidermek ya da yazılıma ihtiyaca göre ilave özellikler katmak için yapılır.

Yama yazılım, ana yazılımı var eden amaca uygun ve ana yazılımın işleyişiyle uyumludur. Ana yazılıma göre daha küçük boyuttaki yama yazılım, ana yazılımla bütünleşerek onun fonksiyonlarını destekler, işlevini artırır, güncel ihtiyaçlar karşısında varlığını devam ettirmesini sağlar.

Aslında değişen yaşam koşulları ve somut olay farklılıkları karşısında başlangıç yorumuna dokunuşlar yapan yorum da yama yazılım gibidir. Norm, daha önceden yorumlanmıştır ve fakat yeni karşılaşılan somut durum, adalet, eşitlik ve hakkaniyet gereğince yeni bir yorumu zorunlu kılmaktadır. İşte bu noktada yapılacak yeni yorum, karşılaşılan somut olayın özelliğine göre, suçun özütyle tutarlı (uyumlu) ve makul şekilde öngörülebilir (uygun) olma koşuluyla önceki yorumun güncellenmesi yani önceki yoruma yama (patch) yapılmasıdır.

Yorum, doğası gereği anlamı hem keşfeder hem de inşa eder. Yama teorisi, başlangıç yorumunun ve bu yorumla yapılan yamanın, tarihsel geçmişte keşfedilen ya da inşa edilen anlamın organik bütünü tamamlayarak sürdürmeyi hedefler. Bu şekilde süreklilikle birlikte istikrar sağlanırken hukuki güvenlik de korunmuş olur.

Yama teorisinin uygulaması, sadece maddi ceza hukukuyla sınırlı değildir. Maddi ceza hukuku ve usul hukuku yanında tüm hukuk dallarında da uygulanabilir.

AIHM, daha önceki kararlarında, tutukluluğun Sözleşmeye uygunluğu için makul şüphenin varlığını yeterli görürken (*Stögmüller/Avusturya*) tutukluluğun sadece makul şüphenin varlığına dayandırılarak belirli bir süre devam ettiği olaylarda, artık bu ölçütün tek başına yeterli olmayacağı, önceki içtihatlarında tanımlamadığı “*belirli bir süre*” kavramına da bir ölçüt getirilmesinin gerekli olduğu sonucuna varmıştır (*Buzadji/Moldova, [BD], §§ 92-93*). Çünkü ilk tutuklama anından sonra, devam edegelen tutuklamanın da Sözleşmeye uyumlu olması gerekir. Buna göre ilk tutuklama kararından itibaren suçun işlendiğine ilişkin makul şüphenin varlığı yanında tutuklamaya ilişkin nedenlerin en az birinin (kaçma, delil karartma şüphesi gibi Bk *Buzadji/Moldova, [BD] § 88*) bulunduğu ilgili ve yeterli gerekçelerle ortaya konması gerekir (*Buzadji/Moldova, [BD] §§ 100-102*).

AIHM, önceki yorumlarında benimsediği “*tutuklama için makul şüphe yeterlidir*” görüşüne, “*bunun yanı sıra ayrıca tutuklama nedenlerinin en az birinin de bulunması gerekir*” tespitiyle önceki yorumuna yama yapmış, bu şekilde önceki içtihadını hem devam ettirmiş hem de yamayla geliştirmiştir.

Usul kanununda yama yöntemiyle yorumun geliştirilmesine ikinci örnek CMK 141/1-a bendindeki sınırlayıcı ifadedir. CMK’nın 141/1-a bendine

göre tazminat isteyebilecek kişiler “*yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen*” kişilerdir. Gözaltına alınanlar, bentte tazminat isteyebilecek kişiler olarak sayılmamıştır. AYM, Anayasa’nın 19/2-3 fıkralarında sözü edilen *yakalama* kavramına özerk bir anlam yükleyerek anayasal anlamda suç isnadına bağlı yakalamanın, kişinin fiziksel özgürlüğünden yoksun bırakıldığı andan tutuklandığı veya tutuklanmaksızın serbest bırakıldığı ana kadar devam eden tüm süreci kapsadığını; bu bağlamda Anayasa’nın 19. maddesinde düzenlenen yakalama kurumuna 5271 sayılı Kanun’daki gözaltının da dâhil olduğunu ifade ederek (*Hasan Akboğa [GK] § 49, Eyyüp Güneş [GK], § 71*) gözaltına alınan kişilerin de CMK 141/1-a bent kapsamında tazminat talep edebileceği sonucuna varmıştır (*Eyyüp Güneş [GK], § 76*).

AYM, CMK’nın 141/1-a bendindeki “*yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen*” ibaresine “*gözaltına alınan*” ibaresini de yama yoluyla eklemiştir.

Şimdi maddi ceza hukuku alanında örneklerle yama teorisini somutlaştıralım.

TCK’nın 117/1 maddesine göre “*Cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuksal aykırı başka bir davranışla, iş ve çalışma hürriyetini ihlal eden kişi...*” cezalandırılacaktır. Normun kalbindeki kavram, maddedeki “*iş ve çalışma*”

ifadesidir. Kanun, “iş ve çalışma” kavramını tanımlamamıştır. Kanunun, iş ve çalışmaya hangi hallerde müdahale edildiğini kabul ederek hangi fiilleri cezalandırdığını belirlemek için öncelikle “iş ve çalışma” kavramının ne olduğu yorumlanmalıdır.

İlk olayımızda, sanık, aralarında arazi anlaşmazlığı bulunan şikâyetçinin yanına gelerek tarlada çalışmasını engellemiş, şikâyetçi ve yanındaki tanıkların çalışmak için ısrar etmelerine rağmen şikâyetçiye sözlü hakaret etmiştir. Sanığın, mülkiyeti ihtilafı olan arazinin etrafına tel çeken şikâyetçiye hakaretle engel olduğu olayda Yargıtay, “iş ve çalışma” kavramını “ekonomik sonuçları olan mal ve hizmet üretimi” şeklinde yorumlamıştır<sup>4</sup>.

İkinci olayda şikâyetçi fırın işletmektedir ve ürettiği ekmekleri seyyar bir arabayla, sanığın bakkal dükkânı önünde satmaktadır. Bakkal dükkânı işleten sanık, cebir ve şiddet kullanarak bu satışa karşı çıktığı için hakkında TCK’nın 117/1 maddesinin uygulanması istemiyle dava açılmıştır. Bu olayda Yargıtay, “iş ve çalışma” kavramına yeni bir tanım getirmemiş fakat sanığın, şikâyetçiye ait bakkal dükkânı yanında yasal olarak satış yapma hakkının olup olmadığını araştırılıp, sonucuna göre karar verilmesini istemiştir<sup>5</sup>. Bu olaydaki bozma kararı, “iş ve çalışma” kavramının sadece “ekonomik sonuçları olan mal ve hizmet üretimi” şeklinde yorumlanamayacağını, bu yorumun somut olay karşısında eksik kaldığını göstermektedir. Zira her “ekonomik sonuçları olan mal ve hizmet

4 1-TCK’nın 117/1. maddesinde tanımlanan iş ve çalışma hürriyetini ihlal suçunun cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı ve elverişli başka bir davranış gerçekleştirilerek işlenmesi mümkündür.

Yargılamaya konu olayda; iddianamede sanığın, “aralarında arazi anlaşmazlığı bulunan şikâyetçinin yanına gelerek tarlada çalışmasını engellediği, şikâyetçi ve yanındaki tanıkların çalışmak için ısrar etmelerine rağmen şüphelinin çalışmayı engellediği ve şikâyetçiye sinkaflı sözlerle hakaret ettiği” nin iddia edilmesine, kabulün de bu yönde olmasına, iş ve çalışma hürriyetini ihlal suçunu oluşturması bakımından elverişli bulunmayan hakaret suçundan ayrıca ceza verilip hükmün açıklanmasının geri bırakılmış olması karşısında, cebir, tehdit ya da hukuka aykırı bir davranışla suçun işlendiği iddia edilmemesine ve hükmün gerekçesinde de cebir, tehdit ve hukuka aykırı bir davranıştan bahsedilmemesine karşın ve sanığın mülkiyetinin ihtilafı olduğunu kabul ettiği tarlanın etrafına tel çeken katılana mani olmasının, ekonomik sonuçları olan mal ve hizmet üretimini engelleme niteliğinde olmadığı ve iddianamede hakaret dışında başka bir suç da yüklenmediği gözetilerek beraat kararı verilmesi gerekirken yasal olmayan gerekçeyle mahkumiyetine hükümlenmesi,

2-Kabule göre de;

İş ve çalışma hürriyetini ihlal suçunun, hakaret suçu gibi seçenekli yaptırım içerdiği, hakaret suçundan verilip açıklanması geri bırakılan hükümdede adli para cezasına hükümlendiği halde iş ve çalışma hürriyetini ihlal suçunda ise aynı gerekçelerle hapis cezası verilerek takdirde çelişkiye düşülmesi, 4. CD, 04/02/2013, 33587/2850; Tıpatıp benzer diğer olay ve tanım için Bk 4. CD, 27.01.2021, 19046/2592

5 Fırın sahibi olan şikâyetçinin ürettiği ekmekleri seyyar olarak başka bölgelerde satması konusunda gerekli izin ve yasal şartları sağlayıp sağlamadığı ve dolayısıyla hukuken sanığın bakkal dükkânı yanında satış yapma hakkı olup olmadığı araştırılıp, suçun yasal unsurları da tartışılmadan hüküm kurulması, 4. CD., 10/06/2013, 13440/18065

*üretimi*” hukuk tarafından korunmaz. Somut olayımızda olduğu gibi ilgili- nin ekonomik gelir getiren faaliyette bulunma hakkının korunması için bu işi yapmaya yasal olarak hakkının (iz- ninin) olması gerekir. Zira uyuşturucu satışı da “*ekonomik sonuçları olan mal ve hizmet üretimi*”dir. Yargıtay, bu olaydan sonra “*iş ve çalışma*” kavra- mının önceki tanımına “*hukuka uygun olarak icra edilen, izne tabi olması halinde yasal mercilerden alınacak izinle yapılan*” ibaresini yama olarak eklemiştir. Artık “*iş ve çalışma*” kav- ramının yama yapılmış yeni tanımı, “*hukuka uygun olarak icra edilen, izne tabi olması halinde yasal mercilerden alınacak izinle yapılan, ekonomik so- nuçları olan mal ve hizmet üretimi*” şeklindedir<sup>6</sup>.

Farazi olan üçüncü olayımızda mağdur, yol kenarında bulunan tarlası- na ektiği domatesleri, yoldan geçerken görüp, satmasını isteyenlere satan kişi-

dir. Mağdur, aslında sürekli satış yap- ma gibi bir faaliyette bulunmamakta, sadece talep olması halinde satış yap- maktadır. Tartışma konusunun, “*iş ve çalışma*” kavramının sürekli mi yoksa geçici mi olduğu varsayıldığında, ge- çici olan faaliyetlerin de korunması gerektiği sonucuna ulaşılması halinde tanımın yama yoluyla güncellenmiş son şekli şöyle olacaktır; “*hukuka uy- gun olarak icra edilen, izne tabi olma- sı halinde yasal mercilerden alınacak izinle yapılan, geçici bile olsa ekono- mik sonuçları olan mal ve hizmet üre- timi*”.

Farazi olan dördüncü olayımızda, hiç kimsenin zorlaması olmaksızın kendi namı hesabına fuhuş yapan bir kişinin cebir ve tehditle çalışmasının engellenmesi örneğiyle karşılaştığımızı düşünelim. Bu durumda kendi nam ve hesabına bile olsa fuhuş yapmak su- retiyle para kazanmanın insan onur ve haysiyetiyle bağdaşmayacağı<sup>7</sup>, yasak-

6 TCK'nın 117/1. maddesinde düzenlenen iş ve çalışma hürriyetini ihlal suçunun, cebir veya tehdit kullanara- rak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla işlenebilmesi mümkündür. Kanundaki “iş ve çalışma” ibaresi, hukuka uygun olarak icra edilen, izne tabi olması halinde yasal mercilerden alınacak izinle yapılan, ekono- mik sonuçları olan mal ve hizmet üretimi faaliyetidir. Maddedeki “hukuka aykırı başka bir davranış” ifadesi ise, cebir ve tehdit dışında kalan, iş ve çalışma hürriyetini ihlal etmeye elverişli, kanunlarda suç olarak tanımlanmış ya da tanımlanmamış her türlü fiili kapsamaktadır. Failin, cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla iş ve çalışma hürriyetini ihlal etmesi için kastının da bu yönde ol- ması gerekir. İş ve çalışma hürriyetini ihlale yönelmeyen ancak işyerinde meydana gelen bir fiil sonucunda iş ve çalışma faaliyetinin kısa ya da uzun süreli olarak durması, koşullarının olduğu durumda tazminat gerektirir ise de bu suçun işlendiğini göstermez.

Sanıkların, bir gün önce haklarında yağma iddiasıyla şikâyetle bulunan katılanların işyerine gelerek tehdit, yaralama ve işyerindeki bazı eşyalara zarar vermekten ibaret eylemlerinin işyerinde meydana gelmiş olmasının, sanıkların ayrıca iş ve çalışma hürriyetini ihlal suçlarını işlediğini göstermeyeceğinden anılan suçlardan beraatleri yerine mahkumiyetlerine karar verilmesi, **4. CD., 09.11.2015, 23445/37311**

7 Fuhuşun insan onur ve haysiyetiyle bağdaşır olup olmadığına dair değerlendirmeler için Bk Cem Burak Karataş [GK], B. No: 2014/19152, 18/10/2017, §§ 50-80,

lanmamış olsa bile kanun tarafından bu faaliyetin korunmaması gerektiği sonucuna ulaşırsa, yoruma yeni bir yama yapılması gerekecektir. Bu varsayımına göre önceki tanıma eklenecek olası yama “*hukuka, ahlaka ve insan onuruna uygun*” şeklinde olacaktır. Farazi örneğimizde, kendi nam ve hesabına fuhuş yapılması hukuken korunacaksa mevcut tanım yeterli olacaktır.

Bu örnekte görüldüğü üzere, her somut olay, bir önceki yorumu yetersiz hale getirmekte ve önceki yoruma yama yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Yapılan yamalar, suçun özülüyle tutarlıdır ve öngörülebilirlik ilkesini karşılamaktadır. Yorumda birikimli ilerleme söz konusudur. Her aşamada yapılan ve yama yoluyla öncekine eklenen yorum, takip edilmeye uygundur.

Her yorum, yukarıdaki gibi yama teorisini tipik olarak göstermeye elverişli değildir. Bazı örnekler, yama teorisinin işleyişini daha örtülü göstermektedir.

İkinci örnek, konut dokunulmazlığını ihlal suçunda konut ibaresinin yorumuyla ilgilidir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 116/1. maddesi, “*bir kimsenin konutuna, konutunun eklentilerine rızasına aykırı olarak giren veya rıza ile girdikten sonra buradan çıkmayan kişi, .... cezalandırılır*” şeklindedir. Bu maddede kilit kavram “*konut*”tur.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu (CGK), konut kavramını “*devamlı veya geçici olarak kişilerin yerleşmek ve barınmak amacıyla oturmalarına elverişli yer*” olarak tanımlamaktadır<sup>8</sup>. CGK, tanımı yaparken eksik bir bakış açısıyla “korunan hukuki değer açısından hukuken konut olma” ölçütünden değil “fiziken konut olmaya elverişlilik” ölçütünden hareket etmiştir.

Somut olayımızda sanık, hiç kimsenin oturmadığı, eşya konulmamış, içinde yaşam emaresi olmayan, tamamen boş bir konuta ya da inşaatı hâlen devam eden bir konuta girmiştir. Yargıtay dairelerine göre bu fiil, konut dokunulmazlığını ihlal suçunu oluşturmaz<sup>9</sup>. Çünkü boş bir konuta giril-

8 CGK, 11.12.2018, 96-623; CGK, 11.03.1991, 25-67; CGK, 27.01.2009, 6-203/3; CGK 11.03.1993, 25-67; CGK, 21.06.1993, 155-184; CGK 27.12.1993, 169-354

9 Suç tarihi itibarıyla evin boş olup evde oturanın bulunmadığı dolayısıyla TCK’nun 116/1. maddesinde tanımlanan konut niteliğinde olmadığından konut dokunulmazlığının ihlali suçunun yasal unsurları itibarıyla oluşmayacağı anlaşılmalıdır, sanığın atılı suçtan beraatine karar verilmesi gerektiği halde, yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması, **6. CD, 23.02.2021, 4369/2987** ; Katılanın daha önceden taşındığı ve halihazırda kimsenin oturmadığı meskenin, konut niteliğinde olmadığı ve dolayısıyla sanığa atılı suçun unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden, yerinde olmayan gerekçeyle mahkumiyet kararı verilmesi, **18. CD, 05.07.2018, 12811/10948** ; söz konusu evin boş olup, içerisinde eşyaların olmadığı tespit edilmedi, müşteki ...’nun da suç tarihinde evde oturan kimsenin olmadığını belirtmesi karşısında müştekiye ait evin içinde eşya bulunmayıp boş olduğu ve konut olarak kullanılmadığı gözetilmeden, unsurları itibarıyla oluşmayan konut dokunulmazlığının ihlali suçundan suça sürüklenen çocukların beraatleri yerine yazılı şekilde mahkumiyetlerine karar verilmesi, **2. CD 04.04.2019, 445/6619**

mekle suçun koruduğu hukuki yarar ihlal edilmemiş, dolayısıyla da suç oluşmamıştır. Madde gerekçesindeki “...Konut dokunulmazlığının ihlali, kişinin kendisine özgü barış ve sükûnunu ve yuvasındaki yaşamının sulh ve selametle cereyanı için var olması gerekli güvenlik duygusunun sarsılmasını ifade etmektedir...” şeklindeki açıklama, konut dokunulmazlığının ihlali suçuyla, konut üzerindeki mülkiyet veya zilyetlik haklarının değil, kişinin mahremiyetinin, kendi yaşamına özgülediği özel alanının korunduğunu göstermektedir. Kanunlarımızda mülkiyet ve zilyetliği koruyan başka hükümler bulunmaktadır. Hâlbuki konut dokunulmazlığının ihlal edilmesinin suç haline getirilmesiyle, kişilerin en önemli mahrem alanı olan konutunda güven ve huzur içinde yaşamaları, özel yaşamın korunması amaçlanmıştır<sup>10</sup>.

Somut olayımızda olduğu gibi tamamen boş bir konuta giren kişi, CGK’nun konut tanımına göre suçu işlemiştir. Çünkü CGK, konutu elverişlilik ölçütüyle tanımlanmıştır. Tamamen boş olsa bile içine girilen yer konut olmaya elverişlidir. Yargıtay’ın daireleri ise, tanıma, suçla korunan hukuki

değeri esas alarak bir yama yapmıştır.

Üçüncü örneğimiz, özel belge olduğu halde Kanun’un resmî belge kabul ettiği (TCK md 210) emre veya hamile yazılı kambiyo senedine, borçlunun izniyle üçüncü kişinin san-ki borçlu tarafından düzenlenmiş gibi borçlu adına ancak kendi imzasını atmasıdır. Sahtecilik suçunu düzenleyen hükümlerde (TCK md 204-212), adına belge düzenlenen kişinin rızasının fiili suç olmaktan çıkartacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Borçlunun önceden verdiği izne dayalı olarak, borçlu adına ve borçlu yerine üçüncü kişinin imza atması halinde şekli olarak resmî belgede sahtecilik suçu (TCK md 210/1, 204/1) oluşacaktır. Fakat Yargıtay<sup>11</sup>, bahsedilen durumda şekli olarak sahtecilik suçunun oluşacağına dair yoruma “önceden verilen rızaya binaen düzenlenmiş olması hariç” şeklinde bir yama yapmış, yamaya suçun istisnasını ortaya koymuştur.

Dördüncü örneğimiz, tefecilik suçundaki para tanımına ilişkindir. TCK’nın 241/1 maddesine göre “Kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para veren kişi, ...cezalandırıl-

10 CGK, 11.12.2018, 96-623 ; Aynı yaklaşım için Bk Andreou Papi/Türkiye § 54

11 Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 30.03.1992 tarih ve 80/98, 19.04.2005 tarih ve 221-38 sayılı kararlarında ayrıntılı biçimde açıklandığı üzere, belgede sahtecilik suçlarında önceden verilen rıza üzerine borçlu yerine onun adına imza atılmasında zarar verme bilinç ve iradesi ile hareket edilmediğinden suç kastından söz edilemeyeceği cihetle; sanığın yasal unsurları itibarıyla oluşmayan resmi belgede sahtecilik suçundan beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi, 11. CD, 15.06.2021, 6255/5301 ; Aynı yöndeki diğer kararlar için Bk 11. CD, 17.06.2021, 7441/5417; 21. CD, 10.12.2015, 4781/6099; 11. CD, 08.12.2015, 24387/31623; 21. CD, 26.11.2015, 4933/5630

lır”. Maddedeki “para” ibaresi nasıl yorumlanmalıdır? TCK’nın parada sahtecilik kısmında yer alan 198/1 maddesi, “Devlet tarafından ihraç edilip de hamiline yazılı bonolar, hisse senetleri, tahviller ve kuponlar, yetkili kurumlar tarafından çıkarılmış olup da kanunen tedavül eden senetler, tahviller ve evrak ile milli ziyinet altınları, para hükmündedir” şeklindedir. Yargıtay, TCK 198. maddedeki para tanımının, paranın sahteciliği (TCK md 197) suçuna özel bir düzenleme olduğunu kabul ederek<sup>12</sup>, cumhuriyet altını gibi TCK 198/1 maddede sayılan evrak ve emtianın ödünç verilmesinin tefecilik

suçunu oluşturmadığı görüşündedir. Yargıtay’a göre tefecilik suçuna konu olan para<sup>13</sup> “tedavüle konan, ekonomik değeri olan ve ödeme aracı olarak kullanılan” paradır. Bu tanım, sadece klasik kâğıt parayı ifade etmektedir.

Kredi kartı sahiplerinin nakit ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla gerçekte alışveriş yapılmadığı halde sanki alışveriş yapılmış gibi kredi kartlarında POS cihazı aracılığıyla işlem yapıp, gerçek olmayan bu alışveriş tutarlarından belli bir komisyon kesintisi sonrasında geriye kalan kısmın nakit ödemesi şeklinde gerçekleşen eylemler

12 Tefecilik suçunun konusunu, kazanç elde etmek amacıyla başkasına verilen ödünç paranın oluşturduğu, 5237 sayılı TCK’nın 2. maddesindeki “Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz” düzenlemesi de dikkate alındığında, suç tarihinde sanığın, müştekinin kardeşi ve dosya tanığı ...’a 4.000 TL karşılığında altın vererek 7.000 TL tahsil etmek suretiyle kazanç elde ettiği kabul edilmiş olsa dahi, kanundaki tanım itibarıyla tefecilik suçunun konusunu tedavüle konan, ekonomik değeri olan ve ödeme aracı olarak kullanılan paranın oluşturduğu gözetildiğinde, sanığın eyleminin tefecilik suçunu oluşturmayacağı nazara alınmadan, suçun maddi unsurunu oluşturan konuda yanılığa düşülerek yazılı şekilde mahkumiyet kararı verilmesi, **5. CD, 17.10.2018, 449/7530**; Tefecilik suçunun konusunu, kazanç elde etmek amacıyla başkasına verilen ödünç para oluşturmaktadır. 5237 sayılı TCK’nın 2. maddesindeki “Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz” düzenlemesi de dikkate alındığında; suç tarihinde sanığın müştekiye ertesini yıl iki katını geri almak üzere ödünç onbir adet cumhuriyet altını vermek suretiyle kazanç elde ettiği kabul edilmiş olsa dahi, kanundaki tanım itibarıyla tefecilik suçunun konusunu tedavüle konan, ekonomik değeri olan ve ödeme aracı olarak kullanılan para oluşturduğu nazara alındığında; sanığın eyleminin tefecilik suçunu oluşturmayacağı gözetilmeden suçun maddi unsurunu oluşturan konuda yanılığa düşülerek yazılı şekilde mahkumiyet kararı verilmesi, **5. CD., 20/01/2014, 15713/607**; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 241. maddesinde düzenlenen tefecilik suçunun konusunu sadece para ile sınırlandırılması karşısında, para yerine geçen kıymetli evrak, altın veya sair menkul kıymetler madde kapsamında bulunmadığından, kanunilik ilkesi gereğince yorum veya kıyas yoluyla bir eşyanın kazanç elde etmek amacıyla ödünç verilmesi suçun konusunu oluşturmayacağından, sanığın beraati yerine yanılığın değerlendirme ile mahkumiyetine karar verilmesi, **9. CD, 13.04.2021, 92/2230**; Tefecilik suçunun konusunu sadece para ile sınırlandırılması karşısında para yerine geçen kıymetli evrak, altın veya sair menkul kıymetler madde kapsamında bulunmadığından, kanunilik ilkesi gereğince yorum veya kıyas yoluyla bir eşyanın kazanç elde etmek amacıyla ödünç verilmesi suçun konusunu oluşturmayacağından, sanığın beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi, **9. CD, 28/01/2021, 4193/353**

13 ...kanundaki tanım itibarıyla tefecilik suçunun konusunu tedavüle konan, ekonomik değeri olan ve ödeme aracı olarak kullanılan paranın oluşturması karşısında ... **5. CD, 21.04.2014, 2261/4493**; **5. CD., 20/01/2014, 15713/607**

de tefecilik kabul edilmektedir<sup>14</sup>. Bu kabule göre Yargıtay, yukarıdaki “*klasik kâğıt para*” tanımına yama yapmış, nakit kullanımı gerekmez mal ve hizmet alımı veya nakit çekme olanağı sağlayan (5464 SK md 3/e) kredi kartını “*parayı temsil eden ödeme aracı*” anlamında para kabul etmiştir.

Henüz bir yargı kararına konu olmamakla birlikte, kripto varlıklarla tefecilik suçu işlenmesi halinde kabul edilen para tanımına “*parayı temsil eden, gerçek varlığı bulunmayan ödeme aracı*” şeklinde yama yapılacağı muhakkak görülmektedir.

Örneklere dikkat edilirse her yorum, bir önceki yorumu iptal etmemekte, geçersiz saymamaktadır. Bilakis önceki yorum, somut olayın koşulları nedeniyle aşamalı (tedrici) bir şekilde ya ileriye taşınmakta ya da mevcut tanımlara yama yoluyla ilaveler yapılmakta, istisnalar belirlenmektedir.

Yama yapılarak ileriye taşınacak yorum, daha önceden yapılmış, hukuk kamuoyu tarafından kabul gören, erişilebilir başlangıç yorumudur. Kimi durumlarda yorumlar arasında tümü-

le birbirine zıtlık bulunur. Sonraki yorum, önceki yorumu ortadan kaldırır<sup>15</sup>. Bu durumda yama yapılacak başlangıç yorumu, önceki yorumu ortadan kaldıran son yorum olacaktır. Son yorum artık yama teorisi açısından başlangıç yorumudur.

Yama teorisinin düzgün işleyebilmesi için başlangıç yorumunun, hukuk sistemine, insan haklarına, üst normlara, yorum yöntem, araç ve ilkelerine, adalete, eşitliğe ve hakkaniyete uygun olması, öngörülebilirlik şartını taşıması ve suçun özünü tutarlı olması gerekir. Başlangıç yorumu doğru ise olası eksiklikler, zaman içinde giderilecek ve her aşamada yorum yeni yamalarla güçlenecek, hatalara kapalı hale gelecektir.

Yama teorisine göre yorum, yıkıcı, yok edici, görmezden gelici bir düşünsel faaliyet olamaz. Kurucu, inşa edici, devam ettirici, ileriye götürücü, düzeltici esnek bir faaliyettir.

Görülen her yeni dava ya önceki yorumu teyit eder ya da ondaki eksikliği, yanlışlığı, katılığı ortaya çıkarır. Bu tecrübe, birikimli ilerlemeye neden

14 Bk II. CD 29.11.2021, 41255/11079 ; 8. CD, 17.11.2021, 24009/21107; 5. CD, 21.09.2021, 8357/3892

15 Önceki yorumu hatalı kabul ederek ortadan kaldıran çok sayıda yorum örneği bulunmaktadır. Bunlardan biri, TCK 150/1, 106/1 maddelerinin uygulanması halinde suçun niteliği ve buna bağlı olarak uzlaşma hükümlerinin uygulanması sorunudur. TCK'nın 150/1 maddesine göre “Kişinin bir hukuki ilişkiye dayanan alacağını tahsil amacıyla tehdit veya cebir kullanması halinde, ancak tehdit veya kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır” şeklindeki düzenlemeye göre fiilin tehditle işlenmesi halinde eylem tehdit değil yağma kabul edilerek, tehdit suçunda uygulanması gereken uzlaşma hükümleri (CMK 253/1-b-3) uygulanmıyordu (6. CD, 09.07.2020, 463/2648). CGK'nun 29.04.2021 tarih ve 6-404/184 sayılı kararıyla, TCK 150/1, 106/1 maddelerin uygulanması halinde suçun yağma değil tehdit suçunu oluşturacağı, bu nedenle uzlaşma hükümlerinin uygulanması yönünde karar vermiş, önceki görüş terk edilmiştir.



olur. Yama teorisine göre yorum, birikimlerle oluşmuş, hukuk sistemine tümüyle uyumlu bir parça oluşturmaktır. Bazı somut olaylar karşısında mevcut yorum işlevsiz kalırsa, olay bağlamında yoruma yeni yama yapılmalıdır. Yapılacak yama, mevcut yorumla uyumlu olmalı, onu desteklemeli ve ileriye taşınmalıdır. Yorumun bu özelliği, yorumda yama teorisidir.

Yama teorisi, bir normun anlaşılmasına esas olacak başlangıç yorumunun ve yamayla ilave edilen yeni yorumun, hukuka uygun, suçun özülüyle tutarlı, makul şekilde öngörülebilir, toplumsal değişimleri ve yeni gelişmeleri karşılayacak şekilde ilerlemeye ve suçun unsurlarını temsil etmeye uygun olması gerektiğini ifade eder.

Yama teorisi, olası en iyi yorumun, somut olayların doğurduğu ihtiyaçlarla güncellenmiş yorum olduğunu kabul eder. Güncellenmiş yorum, daima suçun özülüyle tutarlı ve makul şekilde öngörülebilir olmak zorundadır. Güncellenmiş yorum, değişen toplumsal

yaşamın dayattığı ihtiyaçlar karşısında normun varlığını sürdürmesine olanak sağlayacağından kanunların da sürekli değişmesine engel olur.

Güncellenmiş yeni yorum, özellikle kanunun suçun unsurlarını belirlemediği, bu görevin yargı mercilerine bırakıldığı suç tiplerinde, suçun unsurlarında lehe değişiklik yapıyorsa, yeni yorumla meydana gelen hukuki durumun geçmişe yürütülmemesi<sup>16</sup> ve “lehe kanun” düzenlemesinden yararlanması gerekir<sup>17</sup>.

Yorumun, suçun özülüyle tutarlı olması ve makul şekilde öngörülebilirlik şartını taşıması yükümlülüğü, kanunun sadece suçun adını söylediği fakat unsurları belirleme görevini yargı mercilerine bıraktığı suçlarda, yargı mercilerinin, normun soyutluğuyla yorumun soyutluğunu birleşerek dânesel uygulamalar için kendilerine bir tür meşru bir zemin hazırlamalarına, keyfi yorumda bulunmalarına engel olma açısından oldukça önemlidir.

16 *AİHM*'ne göre yorumun “mevcut suçların kapsamının, daha önceden suç olarak kabul edilmeyen eylemleri içine alacak şekilde genişletilmemesi ve bu genişletmenin geçmişe yürütülmemesi, Sözleşmenin 7. maddesinde güvence altına alınmıştır (Bk *Del Rio Prada-İspanya*[BD], §78 ; *Kafkaris-Kıbrıs*, [BD], §138 ; *Coëme ve Diğerleri/Belçika*, §145 ; *Parmak ve Bakır/Türkiye*, §§ 57-59).

17 VUK'nun 359 maddesindeki suçların her takvim yılı için ayrı suç olacağı ve gerçek içtima kuralının uygulanacağı kabulü tamamen Yargıtay'ın yorumundan kaynaklanan bir uygulamadır. Örneğin 2021 yılının aralık ayında sahte faturalarla KDV beyannamesi veren kişi, aynı suçu 2022 yılı ocak ayında da işlese, suçu iki ayrı vergi yılında işlediği için iki ayrı suç işlemiş olacaktır. Aynı vergi yılı içinde farklı beyanname dönemlerinde sahte fatura kullanılsa bu kez mükellefe tek ceza verilip zincirleme suç nedeniyle cezada artırım yapılması gerekecektir. Her vergi yılının ayrı suç oluşturacağı yorumundan vazgeçilir, fiillerin tamamı için zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı kabul edilirse, yorum değişikliği suç sayısına, dolayısıyla ceza miktarına etkili olacağından lehe kanun değişikliği (TCK md 7) gibi geriye dönük uygulanmalıdır.

Şimdi, suçun özülle tutarlı olmayan ve öngörülebilirlik şartını taşımayan keyfi yorumların normu nasıl bozup başkalaştırdığını ve bu nedenle hukuki yorum sayılamayacağını örnekleriyle anlatma zamanı geldi.

Kanunda, örgüt kurma ve yönetme (TCK 220/1, 314/1), örgüte üye olma (TCK 220/2, 314/2) suçlarının sadece adı söylenmiş, bu suçların unsurlarını belirleme görevi yargı mercilerine bırakılmıştır. Yargı mercilerinden beklenen, kanunilik ilkesini sağlayabilmek için, suçun unsurlarını, açık, anlaşılır, erişilebilir şekilde belirlemektir. Nasıl ki kanun koyucu, bir fiili suç haline getirirken yürürlüğe koyduğu kanunla bağlayıcı bir sınır çizerek vatandaşlara güvence sunuyorsa, yargı mercileri de kendilerini bağlayan, tüm mahkemelelerin kararlarında emsal alacakları, vatandaşların hukukçulara danışarak öğrenebileceği, keyfiliği önleyen yorumlar yaparak, belirsizliği ortadan kaldırmak zorundadır. Hem kanun hem de yargı mercileri, yorum yoluyla normun anlamına bir çizgi çekip, çizginin öte tarafında kalanlara suç isnat edilemeyeceği güvencesini hukuken sunmak zorundadır.

Yama teorisi, başlangıç yorumunun açık seçik belli olmasını, hukuk kamuoyu tarafından bu yorumun bilinmesini ve bir tür uzlaşma (konsensüs) yoluyla da uygun bulunmasını savunur. Zira yama yoluyla sonradan yorumun

geliştirilmesini, normun zaman karşısında yenilmeden işlevsel kalmasını savunan teori, doğal olarak ilk yorumun ne olduğunun bilinmesi gerektiğini savunur.

Silahlı bir örgütte üye olma suçunun hangi koşullarda oluşacağına dair Yargıtay'ın zengin bir içtihat külliyatı bulunmaktadır (*Venedik Komisyonu, 15/3/2016 tarih ve 831/2015 sayılı Raporu, § 100*). Yargıtay, terör örgütüne üye olma suçundan mahkûmiyet kararı verilebilmesi için organik bağ ölçütünü kullanmaktadır. Organik bağın varlığı, kişinin eylemlerinde süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk dikkate alınarak belirlenir. Bir kişinin terör örgütü üyeliği suçundan cezalandırılması için örgüt faaliyeti çerçevesindeki eylemleri *süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk* göstermelidir. Kişinin terör örgütüyle organik bir bağının bulunması, örgütün varlığını bilmesi, örgüt hiyerarşisi içinde bilerek ve isteyerek yer almasıyla kanıtlanır (*Bk Selahattin Demirtaş/Türkiye (2) [BD], § 277, Hamit Yakut [GK], § 50, Metin Birdal [GK] § 72*). Organik bağ, kişinin içinde yer aldığı yapının örgüt olduğunu bildiğini gösterdiği gibi örgütle ilişkisinin tesadüfi, zorunlu, geçici olmadığını da gösterir. O hâlde her biri örgüt üyeliğine ilişkin bir parçayı açıklayan ve delil olarak kabul edilen faaliyetlerin birleştirilerek olayın bütününün anlaşılması sağlanmalıdır. Kişilerin terör örgütünün hiyerarşik yapısına dâhil olduğunu

gösteren delillerin birlikte incelenmesi sonucunda delillerin sağlamlığı sınınamalı; her biri terör örgütünün amacı, niteliği, bilinirliği, kullandığı şiddetin türü ve yoğunluğu ile somut olayın ilgili diğer koşulları dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Kişilerin delil olarak kabul edilen faaliyetleri birbiriyle sınınamalı ve sağlamları yapılarak birbirlerini tamamlayıp tamamlamadığı ve tutarsızlık içerip içermediği tespit edilmelidir (*Metin Birdal* [GK] § 72). Kişilerin anayasal hak ve özgürlükler kapsamında kalan faaliyetlerinin, organik bağın varlığına delil olarak gösterilmesi, hak ve özgürlükler üzerinde caydırıcı etki doğurabileceğinden (*Metin Birdal* [GK] § 48, §§ 63-64) son derece hassas olmayı gerektirir. Kişinin, hem yasalar çerçevesinde faaliyette bulunması hem de terör örgütüne üye olması birbiriyle bağdaşır olmadığı için mahkemeler, bu hususta tatminkâr bir açıklama yapmak zorundadır (*Karşılaştırın, Tüncay Yıldız ve diğerleri*, § 48, *Ahmet Urhan*, § 48).

Örgüt üyeliği gibi soyut bir ifadenin, organik bağ gibi başka bir soyut kavramla açıklanması, aslında başarılı bir açıklama sayılamaz. Organik bağ ölçütü hukuken başarılı bir somutlaştırma olsaydı, Yargıtay'ın bozma kararları bir yana, AİHM ve AYM'den yüzlerce ihlal kararı çıkmazdı. Her şeye rağmen organik bağın eylem çeşitliliği, eylem sürekliliği ve eylem yoğunluğuyla somutlaştırılmaya çalı-

şılması ve üç unsurun birlikte var olmasının aranması, bir nebze de olsa suçun maddi yönünü ortaya koymaya yeterli görülmektedir.

Yama teorisine en çok ihtiyaç duyulan alan, kanunların sadece suçun adını söylediği fakat unsurlarını belirleme görevini yargı mercilerine bıraktığı suçlardır. Çünkü eylem çeşitliliği, sürekliliği ve yoğunluğunun ne anlama geldiği, somut olayda ispatlanmış fiillerin bu ölçütleri karşılayıp karşılamadığı zaten tartışmanın odağını oluşturmaktadır.

Şimdi bu suçlara dair, aşağıdaki örneklere göz atmamız gerekir.

Yorumun, suçun özülle tutarlı olması gerekliliğine dair inceleyeceğimiz dava, Parmak ve Bakır/Türkiye kararıdır (AİHM, 03.12.2019, 22429/07 ve 25195/07).

Parmak ve Bakır/Türkiye kararına konu olayda, başvuranlar, İzmir'in bazı mahallelerinde üzerinde Türkçe ve Kürtçe dillerinde çeşitli sloganlar içeren bildirimleri dağıtmış, insanları milliyetlerinden ve mensubu olduğu etnik ve dini gruplardan kaynaklanan farklılıklarını bir kenara bırakmaya ve "Faşist Türk Devletine" karşı halkın sınıf mücadelesi çerçevesinde birleşmeye davet etmiştir. Başvuranlar hakkında açılan soruşturmada gözüaltına alınmıştır. Aramada propaganda mahiyetindeki belgeler, örgütün sözde tüzü-

gü bulunmuştur. Emniyet Müdürlüğü, başvuruların dâhil olduğu grubun nihai amacının Türkiye’de Marksist-Leninist devrim yapmak olan bir terörist örgütü olduğunu bildiren bir dosya hazırlamıştır. İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesi, ele geçen belgelerden, bazı şüphelilerin susma hakkını kullanmalarından yola çıkarak, bazı başvuruların BPKK/T isimli örgütün kurucusu, bazılarını da bu örgütün üyesi olmak suçlarını işlediğini kabul ederek 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun 7/1 maddesinin ilk cümlesi uyarınca cezalandırmıştır. Mahkeme, örgüt üyeleri fiziksel şiddete başvurmuş olsalar bile, ele geçirilen belgelerden anlaşıldığı üzere amaçlarını gerçekleştirmek için tehditlerde bulunma gibi manevi cebir teşkil eden eylemlerde bulduklarını belirtmiştir. Emniyet Genel Müdürlüğü’nün hazırladığı dosyadaki bilgi notu da kararda etkili olmuştur. Mahkeme, örgüt tüzüğünde, kişiler üzerinde manevi cebir oluşturmaya yetecek ölçüde ciddi beyanların olduğuna vurgu yapmıştır. Mahkeme hangi üyenin hangi eylemleri gerçekleştirdiğinin üzerinde fazla durmadan sanıkların birbiri ile iletişim içerisinde olduğunu, toplantılar düzenlediklerini, örgüt adına eylemler gerçekleştirdiklerini ve dolayısıyla birlikte çalıştıklarını sabit bulmuştur. Mahkûmiyet kararı, Yargıtay tarafından onanmıştır.

AIHM, Sözleşmenin 7. maddesinin içerdiği güvencelerden bahsettikten

sonra, Türk hükümetinin, bir derneğin sadece tüzüğünün niteliğine dayalı olarak, örgüte atfedilebilir şiddet içeren eylemleri bulunmasa bile terör örgütü olarak kabul edildiğini gösteren, daha önceden verilmiş emsal karar sunmadığını, keza terör suçları bağlamında “manevi cebir” kavramını kullanan yerel içtihat örnekleri sunmadığını tespit ederek (*Parmak ve Bakır/Türkiye*, § 66) 3713 sayılı Kanunu incelemiştir. AIHM, 3713 sayılı Kanun’a göre, bir topluluğun terör örgütü muamelesi görmesi için bir kısım kümülatif koşulun bir arada olması gerektiği, bunların kısaca cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden birine başvurma olduğunu tespit etmiştir. Bu yöntemlerin arkasında ideolojik veya siyasi nedenler bulunmalıdır. Fiili şiddet veya bu tür şiddeti kullanma niyeti suçun tanımının temelidir. Manevi cebir, kanunda olmadığı için suçun unsuru sayılamaz (*Parmak ve Bakır/Türkiye*, §§ 67-75). Dava konusu örgütün daha önceden şiddet içerikli hiçbir eylemi tespit edilememiştir. Tespit edilen tek husus, el ilanları dağıtmaktır. Başvurular, dağıttıkları belgelerde ifade edilen siyasi fikirler ve özlere dolaşan terör örgütü üyeliğinden mahkûm edilmiştir. Hâlbuki örgütün, nihayetinde bir dereceye kadar maddi cebire işaret eden, güç ve şiddet kullanarak suç işlemeyi amaçlaması gereklidir. Mahkûmiyet kararında, manevi cebrin

terörizm anlamına geldiği sonucunu haklı çıkaracak şekilde suçu oluşturan unsurlarla nasıl bir ilginin olduğu açıklanmamıştır. Hem geçerli ulusal içtihatla hem de ulusal hukuk tarafından tanımlandığı üzere suçun mahiyetiyle bağdaşmayan bir yorumla yargısal takdir hakkı genişletilerek Sözleşme'nin 7.maddesi ihlal edilmiştir.

Başvuranların örgüt suçundan mahkûmiyetlerine dair kararın delilleri, dağıttıkları bildiri, derneklerinin tüzüğü ve Emniyet Genel Müdürlüğünün hazırladığı bilgi notudur. Terör örgütünden bahsedilebilmesi için 3713 sayılı Kanun'a göre mutlaka bir şiddet eyleminin olması gerekir. Mahkûmiyet kararında mahkeme, şiddet eylemi olmadığı halde manevi cebirin varlığından bahsederek şiddet olgusunun bu şekilde gerçekleştiği yorumunu yapmıştır. Hâlbuki 3713 sayılı Kanun, manevi cebir şekliyle şiddetin varlığını kabul etmeye izin vermeyecek kadar açıktır. Yapılan yorum, suçun özülle tutarlı olmadığı için AİHM, Sözleşme'nin 7. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Yorumun makul şekilde öngörülebilirlik şartını taşıması gerektiğine dair inceleyeceğimiz karar, Güler ve Uğur/Türkiye (AİHM, 02.12.2014, 31706/10 ve 33088/10) kararıdır.

Demokratik Toplum Partisi'nin (DTP) aktif üyesi ve bölge yöneticisi olan başvuranlar, güvenlik güçleri ta-

rafından öldürülen üç PKK üyesi için DTP'nin Altındağ (Ankara) binasında düzenlenen dini bir törene (mevlit) katıldıkları için terör örgütü lehine propaganda yapma suçundan mahkûm edilmiştir.

Tören kaydının görüntülerinin yer aldığı CD, isimsiz bir ihbar mektubu ile soruşturma mercilerine gönderilmiş, başvuranların, "PKK'nın şehitleri" anısına düzenlenen törene katıldığı bildirilmiştir. Soruşturmada başvuranlar, dini vecibelerini yerine getirmek amacıyla törene katıldıklarını ileri sürmüşlerdir. Açılan davada, başvuranlara mahkûmiyet kararı veren mahkeme, törende anılan kişilerin terör örgütü üyesi olmaları, örgüte yönelik yürütülen operasyonlar sırasında güvenlik güçlerince öldürülmeleri, tören için seçilen yerin siyasi parti binası olması, masalara PKK bayrağı serilmesi ve örgüt üyelerinin fotoğraflarının konulması gerekçesine dayanmıştır.

AİHM, ibadetle dinini ve inancını açığa vurma özgürlüğünün sözleşme tarafından korunduğuna işaret ederek bu uygulamanın ölüm sonrasında düzenlenen törenleri de kapsadığını kabul etmiş, hayatını kaybeden kişilerin yasadışı bir örgüt üyesi olup olmamalarının bir önemi olmadığını vurgulamıştır. AİHM propaganda kavramını, olaylar, kişiler ya da belli riskler hakkında kamuoyu algısını etkileyen bilgilerin bilinçli bir şekilde tek yönlü olarak yayılması şeklinde tarif ederek,

bir terör örgütü ile kendini özdeşleştirme şeklindeki bazı davranışların ve özellikle bu tür bir örgütün övülmesinin, terörizme destek gösterisi olarak ve şiddet ve nefreti teşvik olarak görülebileceğini kabul etmiştir.

Öngörülebilirlik koşulunun gerçekleşmesi için kişinin ilgili kanun metninden yola çıkarak, gerektiğinde mahkemeler tarafından yapılan yorumların da yardımıyla, hangi fiillerin veya ihmallerin kendisine sorumluluk yüklediğini bilebileceği durumları ifade eder. AİHM'ne göre başvurular törenin düzenlendiği yerin seçimi konusunda belirleyici olmamıştır. Dini törenin gerçekleştirildiği binada yasadışı bir örgüte ait sembollerin bulunmasından sorumlu oldukları sonucuna varmaya yeterli bulgu da yoktur. Sadece dini bir törene katılmanın 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 7/2 fıkrasının uygulama alanına girebileceğinin öngörülmesi mümkün değildir.

AİHM, yaşarken yaptığı fiiller ne olursa olsun, öldüğünde her insan gibi ölenin de geride kalanlar tarafından yerine getirilmesi manevi yükümlülük olarak kabul edilen bir takım dini uygulamaların olacağına işaret etmektedir. Dini uygulamaların, propagandaya dönüşme riski her zaman bulunur. Somut olayda, başvuruların, kendi etki alanları dışında seçildiği ve dizayn edildiği anlaşılan bir ortamda, sadece dini inançları gereği bulunuyor olmalarının, propaganda olamayacağı, örgüt propagandasını yasaklayan kanun

metninden bu sonucun çıkarılmasının makul bir kişi tarafından öngörülmesinin mümkün olmayacağı sonucuna varılmıştır.

Son örneğimiz, Anayasa Mahkemesinin ifade özgürlüğü ihlali olarak değerlendirildiği fakat suçun özülüyle tutarlı olmayan ve makul şekilde öngörülebilirlik şartını yerine getirmeyen Mürsel Yıldız kararıdır (B. No: 2020/22149, 15/6/2022)

Davaya konu olayda, başvuran, bir terör örgütü kurucu tarafından yazılmış, piyasada satılan kitaptan bazı sayfaları, “*Sosyoloji Ders Notları*” arasına koyarak, cezaevinde bulunan başka bir kişiye göndermiştir. Gönderilen kişiye ulaşmadan notlara el konulmuş, açılan davada başvurana, terör örgütüne yardıma teşebbüs suçundan ceza verilmiş, mahkumiyet kararı Yargıtay tarafından onanmıştır. Anayasa Mahkemesi, piyasada bulunan bir kitabın fotokopilerinin ceza infaz kurumuna göndermesinin hangi surette terör örgütüne yardım suçunu oluşturduğu yönünde bir değerlendirme yapılmadan başvurucunun cezalandırmasını ifade özgürlüğünün ihlali kabul etmiştir.

Suçun özülüyle tutarlı olmayan ve makul şekilde öngörülmesi mümkün olmayan yorumlar, aslında yorum değildir. Bu tür yorumlar, ne kadar zorlanırsa zorlansın, norma dâhil edilmesi mümkün olmayan hukuk dışı düşüncelerdir. Hukukçu kılıklı hukuk bil-

mezlerin, normun suçun unsurlarını içermemesinden faydalanmak suretiyle işkence yaparak niyetlerini norma söylettirmeden ibarettir.

Yama teorisi, öncelikle yorumun suçun özüyle tutarlı olması ve makul şekilde öngörülebilirlik şartını taşıması gerekliliği üzerinde durarak normun araçsallaştırılmasının önüne geçer.

### SONUÇ YERİNE

Yama teorisinin çıktıları olarak sonuça şunları söylemek mümkündür; Kanunlardan beklenen, suç olarak kabul edilen olgunun ya da fiilin ne olduğunu açıkça göstermesidir. Fakat bu, kimi suçların doğası gereği mümkün değildir. Bu durumda kanunilik ilkesi gereğince suçun unsurlarını tanımlama sorumluluğu, yargı mercilerine aittir.

Yargı mercileri bir yandan değişmezi temsil eden norma dayanmak öte yandan değişen sosyal ihtiyaçlara bir cevap vermek zorundadır. Yorum, değişimin değişmeyenle hukuksal bağlantısını kurmak, değişimle süreklilik dengesini sağlamaktır.

Sosyal hayat sürekli değişim içindedir fakat hukuk, bireylere belirli bir istikrarı sağlamakla yükümlüdür. Değişimle süreklilik arasında denge kurulurken, kanunilik ilkesi gereğince yorumun suçun özüyle tutarlı olması ve makul şekilde öngörülebilirlik şartını sağlaması gerekir. Yorum, norma anlam verme faaliyeti olduğuna göre,

norma verilecek anlamın, hem gelişim anlamında değişime açık olması hem de görece sürekliliği temin etmesi gerekir. Yama teorisi, normu, sosyal hayatın değişimi karşısında güncelleyerek anlamı görece olarak sürekli kılar. Yeni ihtiyaçlar yeni yorumu zorunlu kılarken yeni yorum, yeni bile olsa eskisiyle (başlangıç yorumu) bağlantısını sürdürmeli, istikrarı sağlamalıdır. İhtiyaç duyulan yeni yorum, yama yorumudur. Yama yorum, yama yapılacak, önceden var olan ve sürdürülen bir başlangıç yorumunun varlığını zorunlu kıldığı için, önceki yorumla uyumlu olmak, önceki yorumu işlevsel kılmak gibi bir amaca hizmet eder. Yama yorumun normla ve önceki yorumla bağlantısı, yorumun tüm aşamalarının takip edilebilmesini mümkün kılar. Bu şekilde yorum, keyfi bir düşünsel faaliyet olmaktan çıkarak, birikimli ilerlemenin tüm unsurlarını içeren hukuk bilimsel bir faaliyet halini alır.

Suçun özüyle tutarlı yorum, normun yorumunu geliştirmeye izin verirken yorum yapanı normun içinde kalmaya zorlar. Norma için *ratio legis*, bu şekilde korunur. Normun başkalaştırılması önlenir. Yama teorisinin en önemli ayaklarından olan suçun özüyle tutarlı yorum, yorumla norm bağlantısını sürekli kıldığından, normdan yeni suçlar üretilmesini engeller. Suçun özüyle tutarlı olma, fiili suç olarak var eden sosyal ihtiyacın ana fikrine sadakati temsil ederken öngörülebilirliği de

besleyen ana damar olur.

Makul şekilde öngörülebilir yorum, zaten suçun özülüyle de tutarlıdır. Bu şekilde yorum, normun olası mantıksal-hukuksal sınırınıdır. Bu sınırın dışına çıkılması, normun da dışına çıkılması, ilgili dava için normun yeniden yazılması anlamına gelir. Normun yeniden yazılması, yorum değildir, kanun yaratmak suretiyle yetki aşımıdır.

Makul şekilde öngörülebilir yama yorum, değişen sosyal hayatın getirdiği zorunluluklar nedeniyle, demokratik bir toplumda sosyal ihtiyacı tam olarak karşılamaktan uzak kalan bir normu yeniden işlevsel hale getirir. Birikimi ve ilerlemeyi sağlar. Birikimle oluşmuş yorum, yama yorumlarla sürekli güncellenir. Değişimle süreklilik dengesi, yama yorumla mümkündür.

Yama yorumlama tekniği, sadece maddi ceza hukuku için geçerli bir teori değildir. Tüm hukuk düzenine uyarlanabilir. Temel haklara müdahale eden tüm maddi ceza hukuku normları ve özellikle de sadece adı söylenmiş, içeriği belirsiz normlar yönünden, vatandaşların haklarını korumada daha etkili bir yorum yöntemidir. Yama yorum, normu amaç, kapsam ve tarihi süreç bakımından belirli hale getirir. Normun açık, net, anlaşılır olmasını sağlayarak uygulama birliğine hizmet eder. Hukuki güvenlik sağlanarak kamu gücünü kullanan organların keyfi davranışlarının önüne geçilir. Ka-

nun, keyfi davranmanın aracı olmaktan çıkarak, sahip olduğu asgari maddi içerikteki belirsizlik giderilir.

## KAYNAKÇA

### *AIHM KARARLARI*

- Alimucaj/Arnavutluk, 20134/05, 07.02.2021
- Atanasovski/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti, 36815/03, 14.01.2010
- Başkaya ve Okcuoğlu/Türkiye [BD], 23536/94 and 24408/94)
- Buzadji/Moldava, [BD], 23755/07, 05.07.2016
- Coëme ve Diğerleri/Belçika, 32492/96 , 32547/96 , 32548/96, 33209/96 ve 33210/96, 22.06.2000
- Del Rio Prada/İspanya, [BD], 42750/09, 21.10.2013
- Güler ve Uğur/Türkiye, 31706/10 ve 33088/10 , 02.12.2014
- K.-H.W./Almanya [BD], 37201/97 , 22.03.2001
- Kafkaris/Kıbrıs, [BD], 21906/04 , 12.02.2008
- Korbely/Macaristan [BD], 9174/02 , 19.10.2008
- Kononov/Letonya [BD], 36376/04 , 17.05.2010
- Nejdet Şahin ve Perihan Şahin/Türkiye, [BD], 13279/05, 20.10.2011
- Parmak ve Bakır/Türkiye, 22429/07 and 25195/07, 03.03.2020
- S.W. ve C.R./Birleşik Krallık, 20166/92, 22.11.1995
- Selahattin Demirtaş/Türkiye (2) [BD], 14305/17 , 22.12.2020



- Stögmüller/Avusturya, 1602/62, 10.10.1969
- Streletz, Kessler ve Krenz/Almanya, 34044/96, 35532/97 and 44801/98, 22.03.2001
- Unédic/Fransa, 20153/04, 18.03.2009
- Zielinski ve Pradal ve Gonzalez ve Diğerleri/Fransa [BD], 24846/94 ve 34165/96 ila 34173/96 , 28.10.1999

#### **AYM KARARLARI**

- Ayşe Ortak [GK], B. No: 2018/25011, 6/1/2022
- Ahmet Urhan, B. No: 2014/13961, 9/10/2019
- Bülent Polat [GK], B. No: 2013/7666, 10/12/2015
- Cem Burak Karataş [GK], B. No: 2014/19152, 18/10/2017
- Eyyüp Güneş [GK], B. No: 2017/28308, 21/10/2021
- Fatih Saraman [GK], B. No: 2014/7256, 27/2/2019
- Hamit Yakut [GK], B. No: 2014/6548, 10/6/2021
- Hasan Akboğa [GK], B. No: 2016/10380, 27/3/2019
- Hayriye Özdemir, B. No: 2013/3434, 25/6/2015
- İslam Şahin, B. No: 2014/7280, 21/1/2016
- Metin Birdal [GK], B. No: 2014/15440, 22/5/2019
- Mürsel Yıldız, B. No: 2020/22149, 15/6/2022
- Ömer Faruk Gergerlioğlu [GK], B. No: 2019/10634, 1/7/2021
- Sara Akgül, [GK], B. No: 2015/269, 22/11/2018
- Tuğba Arslan, [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014
- Tüncay Yıldız ve diğerleri, B. No: 2014/12717, 8/1/2020
- Uğur Çelik, B. No: 2015/20244, 15/6/2016