

KIRIKKALE HUKUK MECMUASI

Cilt 1 Sayı 2 | Ekim 2021



Volume 1 Issue 2 | October 2021



KIRIKKALE LAW JOURNAL

e-ISSN : 2757-9964



KIRIKKALE HUKUK MECMUASI

Cilt 1 Sayı 2 | Ekim 2021

e-ISSN: 2757-9964



KIRIKKALE LAW JOURNAL

Volume 1 Issue 2 | October 2021

KIRIKKALE HUKUK MECMUASI | KIRIKKALE LAW JOURNAL

Sahibi | Owner

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına
Dekan
Prof. Dr. Mustafa Avcı

Editörler | Editors

Doç. Dr. Hamdi Gökçe Zabunoğlu
Doç. Dr. Yasemin Durak

Editör Yardımcıları | Co-Editors

Arş. Gör. Onur Altunsu
Arş. Gör. Evrim Haznedaroğlu
Arş. Gör. Yusuf Berat Baş
Arş. Gör. Esra Tepe

Yayın Yönetim Yeri İletişim | Executive Office Contact

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Beşir Atalay Kampüsü
Ankara Karayolu 7. km. 71453
Yahşihan / Kırıkkale
hukukmecmuasi@kku.edu.tr
<https://hukukmecmuasi.kku.edu.tr>

KIRIKKALE HUKUK MECMUASI, Nisan ve Ekim aylarında olmak üzere yılda iki defa yayımlanan hakemli elektronik bir dergidir.
Dergiye yapılan atıflarda KHM kısaltması kullanılmalıdır.

KIRIKKALE LAW JOURNAL is a peer-reviewed review published in electronic media and published two times a year in April, October.
KHM abbreviations shall be used in reference to the review.

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşlerden ve bunlardan doğacak sorumluluk yazarlarına aittir. Fakültenin ve/veya Üniversitenin görüşü olarak değerlendirilemez.

Yayın Kurulu | Editorial Board

Prof. Dr. Mustafa Avcı
Prof. Dr. Mustafa Özen
Doç. Dr. Hamdi Gökçe Zabunoğlu
Doç. Dr. Yasemin Durak
Doç. Dr. Turan Şahin
Doç. Dr. Aziz Serkan Arslan
Dr. Öğr. Üyesi Cengiz Arıkan
Dr. Öğr. Üyesi Nurdan Orbay Ortaç
Dr. Öğr. Üyesi Emre Kalender

Danışmanlar Kurulu | Advisory Board

Prof. Dr. Abdurrahman Saygılı – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Ali Akyıldız – Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Ali Murat Özdemir – Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Arif Rıza – Prizren Ukshin Hoti Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kosova.
Prof. Dr. Aydın Başbuğ – İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye
Prof. Dr. Bahadır Erdem – İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Barış Soyer – Swansea University Hillary Rodham School of Law, İngiltere
Prof. Dr. Bjorn Arp – American University, Washington Colloge of Law, Amerika
Prof. Dr. Cemal Oğuz – Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Cumhuri Şahin – Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Çağlar Manavgat – Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Doğan Soyaslan – Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Elif Uzun – Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Erdal Onar – Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Fatih Uşan – Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye
Prof. Dr. Gül Okutan Nilsson – İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Haluk Hadi Sümer – Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Haluk Emiroğlu – Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Hans Lilie – Martin-Luther Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Almanya.
Prof. Dr. Hayrettin Çağlar – Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Hayrunnisa Özdemir – Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. İlhan Üzülmöz – Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. İsmail Kırcı – TOBB Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Korkut Özkorkut – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Kudret Güven – Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Lale Sirmen – Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Mehmet Turhan – Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Mertol Can – Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.

Prof. Dr. Muharrem Özen – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Muhittin Astarlı – Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Murat Doğan – Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Mustafa Ruhan Erdem – Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Nadi Günal – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Nezihe Binnur Tulukçu – Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Rifat Erten – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Ryan Calo – Washington Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, ABD.
Prof. Dr. Samim Ünan – Piri Reis Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Şafak Narbay – Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Şebnem Akipek Öcal – TED Üniversitesi, Türkiye.
Prof. Dr. Talat Canbolat – Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Yaşar Salihpaşaoğlu – Ankara Hacı Bayram Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Zarife Şenocak – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Zeynel Kangal – Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Abdurrahman Savaş – İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Ahmet Kılınç – Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Türkiye.
Doç. Dr. Ali İbrahim Akkutay – Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Türkiye.
Doç. Dr. Ayhan Selçuk Özgen – Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye
Doç. Dr. Berat Lale Akkutay – Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Türkiye.
Doç. Dr. Beşir Fatih Doğan – Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Burçak Yıldız – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Cenker Göker – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Devrim Aydın – Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Elvan Keçelioğlu – Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Emel Badur – Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Erhan Temel – Augsburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Almanya
Doç. Dr. Eşref Küçük – Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Gökhan Güneysu – Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Hakan Albayrak – Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Nilüfer Boran Güneysu – Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Sedat Sirmen – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Şölen Külahçı – Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi, KKTC.
Doç. Dr. Turgay Akalın – Kıbrıs Amerikan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, KKTC.
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Kodakoğlu – Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Dr. Öğr. Üyesi Sezercan Bektaş – Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.

YAYIN POLİTİKASI VE ETİK KURALLARI

- Dergi yayın tarihleri: Bahar sayısı (Nisan) 30 Nisan'da Güz Sayısı (Ekim) 30 Ekim'de elektronik ortamda yayımlanır
- Makale Kabul Tarihleri, Bahar sayısı için 1 Kasım - 15 Mart; Güz sayısı içinse 1 Mayıs - 15 Eylül tarihleri arasındadır.
- Makaleler, dergiye elektronik posta yoluyla gönderilir. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
- Her sayıda bir yazarın sadece bir makalesi yayımlanabilir.
- Çalışmalar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, yazarlar elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dahil olmak üzere tüm telif haklarını devretmiş sayılır, yazarlara ayrıca telif ücreti ödenmez. Yazarlar, eserlerini gönderirken yazarlık ve telif hakkı devir formunu doldurarak makale ekinde göndermelidirler.
- Ayrıca, açık erişim sağlama politikaları kapsamında Kırıkkale Hukuk Mecmuası'nda editör ve/veya hakem değerlendirmesinden geçmiş bilimsel yayınlar "Creative Commons Alıntı-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisans (CC BY-NC-ND 4.0)" ile lisanslanmıştır.
- Dergide yayınlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden dolayı doğabilecek tüm sorumluluklar yazarlara aittir. Dergimizde yayınlanan makalelerde araştırma ve yayın etiğine uyulması zorunludur.
- Dergi, Yayın Etiği Komitesinin (COPE) "Dergi Editörleri için Davranış Kuralları ve En İyi Uygulama Rehber İlkeleri" ve "Dergi Yayıncıları için Davranış Kuralları" belgelerini takip etmektedir. COPE'nin belgeleri ile ilgili olarak bkz. <https://publicationethics.org>
- Makaleler, kaynakça hariç, dipnotlar dahil, en az 6.000 en çok 10.000 kelime olmalıdır. Tanıtım ve değerlendirme yazıları ise en az 1.500 kelime en çok 2.000 kelime olmalıdır.
- Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, iletişim adreslerini, ORCID bilgileri ile telefonlarını ve e-posta adreslerini bildirmelidirler. Yazar isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın unvanı, çalıştığı kurum, alanı, ORCID bilgileri ve e-posta adresi bildirilmelidir.
- Dergide Türkçe, Almanca ve İngilizce makalelere yer verilmektedir.
- Makalelerde -sırasıyla- Türkçe, İngilizce özetler bulunmalıdır.
- Ön inceleme aşamasında makaleler intihal tarama programında taranır. Azami %15 benzerlik oranını (bibliyografik materyaller, alıntılar ve %1 oranındaki küçük kaynaklar hariç tutulmak kaydıyla) aşan makaleler iade edilir.
- Editörler Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Editörler Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterlidir. İlk değerlendirmede uygun bulunan yazılar, kör hakemlik ilkelerine uygun şekilde hakemlere gönderilir. Yazarlara

yazının hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir.

- Tüm Hakem Raporları, ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) Hukuk Veri Tabanı Komitesi tarafından denetlenmesine olanak verecek şekilde 5 yıl saklanır.
- Dergide hakem incelemesinden geçen çalışmaların yanı sıra çeviri makale, karar incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve kitap eleştirisi gibi yazılara da yer verilir. Bu tür yazıların yayımlanıp yayımlanmaması Yayın Kurulunca kararlaştırılır.

YAZIM KURALLARI

- Dergiye gönderilecek yazılar, Chicago stiline (Notes and Bibliography / Dipnotlar ve Kaynakça) göre hazırlanmalıdır. (<http://www.chicagomanualofstyle.org/home.html>)
- Makalede Garamond ya da Adobe Garamond Pro yazı karakteri esas alınmalıdır.
- Makaleler “doc” ya da “docx” formatında kaydedilmelidir. A4 boyutundaki beyaz kâğıtta hazırlanmalı, üst ve sol tarafta 4 cm, altta ve sağ tarafta 3 cm kenar boşluğu bırakılmalıdır.
- Metin kısmı 11 punto, 1,15 satır aralıklı, iki yana yaslı, ilk satırlar 1 cm girintili, paragraftan sonra 6 nk boşluk bırakılarak yazılmalıdır. Satır sonlarında kelimeleri heceye bölmek için “-“ işareti kullanılmaz. Bunun yerine MS Word’ün “Otomatik Heceleme” özelliği kullanılır.
- Blok alıntılar, 10 puntoda, ilk satır girintisiz, tırnak işareti kullanılmadan, düz biçimde, soldan 1.25, sağdan girintisiz ve 1,15 satır aralıklı olmalıdır.
- Makale Adı: 14 punto, önce ve sonra 12 nk boşluk, 1,15 satır aralıklı olmalıdır. Makale ortaya yaslı yazılmalı, boşluklarla beraber toplam 100 karakteri aşmamalıdır.
- Öz ve Anahtar Kelimeler: 9 punto, 1.0 (tek) satır aralıklı, ilk satır 1 cm girintili, paragraftan önce ve sonra aralıksız (0 nk) olmalıdır.
- Makalenin 150-300 kelimelik Türkçe ve İngilizce özetine konuyu tanımlayan en az 3 en fazla 5 Anahtar kelime (arada boşluk bırakmaksızın) eklenmelidir.
- Başlıklar: Tüm başlıklar, her sözcüğü büyük harfle başlatarak, metin gövdesi ile başlıklar arasında satır boşluğu bırakmaksızın kalın yazı tipiyle yazılmalıdır.
- Makale alt başlıkları (Giriş, Alt başlıklar, Sonuç, Kaynakça) koyu biçimde 11 punto, paragraftan önce 6 nk, sonra 6 nk boşluk bırakılarak, soldan 1 cm girintili yazılmalıdır.
- Dipnotlar: 9 punto, 1.0 (tek) satır aralıklı, 0,5 cm asılı (ilk satır diğerleriyle hizalı), iki yana yaslı, paragraftan önce ve sonra aralıksız (0 nk) olmalıdır.
- Kaynakça: 9 punto, 1,0 (tek) satır aralıklı, 1 cm asılı, iki yana yaslı, paragraftan sonra 6 nk boşluk bırakılarak yazılır.

İÇİNDEKİLER

• HAKEMLİ MAKALELER

**THE JURY TRIAL: MORE DEMOCRACY OR THE IDEAL OF DEMOCRACY?
GEORGIA - SOME FACTS AND FIGURES** 192

JÜRI YARGILAMASI: DAHA FAZLA DEMOKRASI MI YOKSA DEMOKRASININ İDEALI MI?
GÜRCİSTAN - BAZI GERÇEKLER VE RAKAMLAR

Nikoloz Tchurgulia

**OLAĞANÜSTÜ BİR KANUN YOLU OLARAK YARGITAY CUMHURİYET
BAŞSAVCISININ İTİRAZ YETKİSİ (CMK M. 308)**..... 211

THE JURISDICTION TO APPEAL BY THE CHIEF PUBLIC PROSECUTOR OF THE SUPREME
COURT OF CASSATION AS AN EXTRAORDINARY LEGAL REMEDY

Can Bayer

**TTK. M. 392'YE GÖRE BİLGİ ALMA HAKKININ KULLANILMASINDA
YÖNETİM KURULU BAŞKANININ ROLÜ** 242

ROLE OF THE CHAIRPERSON OF THE BOARD OF DIRECTORS IN THE EXERCISE OF THE
RIGHT TO REQUEST INFORMATION UNDER ARTICLE 392 OF THE TURKISH
COMMERCIAL CODE

Dr. Metin Kıratlı

**KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI KANUNUNUN 17. MADDESİ VE YARGITAY
KARARLARI DOĞRULTUSUNDA, KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASINA
İLİŞKİN SUÇ TEŞKİL EDEN FİİLLER AÇISINDAN UYGULANACAK NORM
HAKKINDA DEĞERLENDİRME** 256

EVALUATION ON THE APPLICABLE NORM IN TERMS OF CRIMINAL ACTS CONCERNING
PERSONAL DATA PROTECTION IN ACCORDANCE WITH ART.17 OF THE PERSONAL DATA
PROTECTION LAW AND COURT OF APPEAL DECISIONS

Dr. Öğr. Üyesi Muammer Ketizmen & Aslıhan Kart

**HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARININ SANIK
HAKKINDA SONUÇ DOĞURMAMASI ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME** 269

AN EVALUATION ON THE FACT THAT THE DECISION ON DELAYING THE
PRONOUNCEMENT OF THE JUDGMENT HAS NO CONSEQUENCES FOR THE ACCUSED

Enes Yılmaz

KENDİ KORKULARINDAN KAÇANLAR: THOMAS HOBBS, JOHN LOCKE. 293

RUNAWAYS FROM THEIR OWN FEARS: THOMAS HOBBS, JOHN LOCKE

Anıl Aygen

THE JURY TRIAL: MORE DEMOCRACY OR THE IDEAL OF DEMOCRACY? GEORGIA - SOME FACTS AND FIGURES

JÜRİ YARGILAMASI: DAHA FAZLA DEMOKRASİ Mİ YOKSA DEMOKRASİNİN İDEALİ Mİ? GÜRCİSTAN - BAZI GERÇEKLER VE RAKAMLAR

Nikoloz Tchurgulia*

ÖZ

6 Şubat 2004'te Gürcistan Anayasası'nda bazı değişiklik yapıldı. Anayasa değişiklikleri arasında öne çıkan yeniliklerden biri Gürcistan Anayasası'nın 82. maddesinin 5. bölümünde yapılan yasal ön koşuldur. Bu değişikliğe göre mahkemelerdeki davalar, Gürcistan kanunları ve yasalarında belirtildiği şekilde jüriler tarafından dinlenebilmektedir. Bu anayasa değişikliği bağlamında Gürcistan hükümeti ve sivil toplum kuruluşlarının da çabalarıyla, Gürcistan Parlamentosu tarafından Ekim 2009'da yeni bir Gürcistan Ceza Muhakemesi Kanunu taslağı hazırlanmış ve 1 Ekim 2010'da Kanun yürürlüğe girmiştir. Yeni Gürcistan Ceza Muhakemesi Kanununa göre, Gürcistandaki bazı ceza davalarında bir jüri enstitüsü kurulmuştur. Son zamanlarda, pratikte de, Gürcistan'da jüri üyeleri tarafından dinlenmiş bir dizi ceza davası vardır. Öte yandan - Gürcistan'ın yeni Ceza Muhakemesi Kanununun 226. maddesi uyarınca, suçlamalar belli şartlar altında ileri sürülürse (örneğin kasıtlı insan öldürme gibi), dava jüri tarafından dinlenilmektedir. Mevcut araştırma çalışmasının amacı, Jüri Yargılamasının demokratik değerler bağlamında tartışmak ve jürinin demokratik adaleti tesis etme fırsatının ne ölçüde olduğunu incelemektir. Araştırma çalışmasında şu soruları cevaplamaya çalışılmaktadır: Jüriyi Gürcistan'da tanıtmak haklı mı? Bir jüri yargılaması, daha çok demokrasi midir yoksa demokrasinin ideali midir? "İdeal" bir şeyin mükemmelliğini ifade etse de "ideal" doğada mevcut değildir. Ancak modern demokratik kurumların birincil işlevi, ideal ile gerçeklik arasındaki boşluğu doldurmaktır.

Anahtar Kelimeler Jüri ~ Yargı Sistemi ~ Jüri yargılaması ~ Demokrasi İdeali ~ Yargıç

* PhD Student in Human Rights Studies at Institute of Social Sciences of Ankara University.

0000 0002 3499 8732 nikomisar@gmail.com



Bu eser Creative Commons Alıntı-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.

ABSTRACT

On February 6, 2004, several amendments were implemented to the Constitution of Georgia. Among the constitutional amendments, one of the notable novelties was the legal reservation made in paragraph 5 of article 82 of the Constitution of Georgia, according to the above mentioned constitutional amendment – ‘the cases in the courts are heard by juries as it is prescribed by the rules of Georgia’. At the same time, by the efforts of the Georgian governmental and non-governmental sectors, a new Criminal Procedure Code of Georgia was finally drafted by the legislative power (Parliament of Georgia) in October 2009 and entered into force on October 1, 2010. The new Criminal Procedure Code of Georgia introduced a jury institute in certain criminal cases in Georgia. Recently, in practice, there are already several criminal cases heard by jurors in Georgia. On the other hand - according to article 226 of the new criminal procedure code of Georgia: 'The case shall be heard by a jury if the charges are brought under articles 108 Intentional killing (completed), etc. The present research works goal is to discuss the Trial by Jury in the context of democratic values and to analyze to what extent is the jury is an opportunity for establishing democratic justice. I will try to answer the questions: Is it justified to introduce the jury in Georgia? Whether a jury trial is the More Democracy or an Ideal of Democracy? - although the "ideal" expresses the perfection of something and the "ideal" as such does not exist in nature. But the primary function of modern democratic institutions is to fill the gap between ideal and reality.

Keywords the jury ~ Judiciary System ~ Trial by a Jury ~ Ideal of Democracy ~ Judge

INTRODUCTION

In Georgia after the Rose Revolution 2003 to be achieved rule of law and democratic principles of the State of Georgia, the newly formed government of Georgia has started plenty of reforms that covered almost all state systems, among them was Judiciary Power. Therefore, under the democratic reforms, the national legislation of Georgia was revised following universally recognized principles and rules of International Law. It is called the new codification and democratization era in Georgia.

Particularly on February 6, 2004, several amendments were implemented to the Constitution of Georgia. Among the constitutional amendments, one of the notable novelties was the legal reservation made in P. 5 of article 82 of the Constitution of Georgia, according to the above mentioned constitutional amendment – 'the cases in the courts are heard by juries as it is prescribed by the rules and laws of Georgia'¹.

At the same time, by the efforts of the Georgian governmental and non-governmental sectors, a new Criminal Procedure Code of Georgia was finally drafted by the legislative power (Parliament of Georgia) in October 2009 and entered into force on October 1, 2010. The new Criminal Procedure Code of Georgia introduced the institute of a jury in certain criminal cases in Georgia. Recently, in practice, there are already several criminal cases heard by juries in Georgia.

On the other hand - by article 226 of the new criminal procedure code of Georgia: 'The case shall be heard by a jury if the charges are brought under the articles 108 - intentional killing (completed), and 109 - intentional killing under aggravating circumstances (completed), article 117 - intentional infliction of grave injury (2), (4), (6) and (8), article 126 - violence (2), article 135¹ - trade by human organs, article 143 - unlawful imprisonment (2-4), articles 144 - taking a hostage, 144² - threat of torture, article 144³ - humiliation or inhuman treatment (2), article 146 - malicious criminal prosecution of innocent persons (2), articles 147 - intentional illegal arrest or detention and 149 - illegal placement or arrest in a psychiatric hospital, article 197 - falsification (4), article 198 - manufacturing, import or sale of products hazardous to human life or health (3), and Article 229 explosion of the Criminal Code of Georgia².

This legislative innovation is an integral part of the ongoing judicial reform in Georgia, which aims to create a competitive and more democratic criminal justice system.

The main purpose of introducing the jury system is to make the judiciary more democratic and to increase public confidence in the judiciary. Naturally, there are other ways to be built trust, but the institution of a jury is the fastest and most effective because citizens are directly involved in the execution of justice.

¹ The Constitution of Georgia, S55, Tbilisi, 2011.

² Law of Georgia On Amendments to the Criminal Procedure Code of Georgia, N5591-IIS, Kutaisi, 24 June 2016.

Particularly introducing the institute of a jury in Georgia could be considered as recognizing of the direct participation of the public in the implementation of justice, which, I think, should eliminate any pre-existing, non-objective barriers among the judiciary power and the public, which will also undoubtedly contribute to raise the legal culture of communities in Georgia.

In the early middle of the twentieth century, when there was a reactionary policy between states, and governments were attempting to use juries to their advantage, Lord Devlin wrote in his 'Trial by Jury': "Each jury is a small parliament ... Any tyrant cannot trust the freedom of his subordinates - 12 of his countrymen. Consequently, a jury trial means more than a weapon of justice and an additional axis of the constitution: It is a beacon that shows that freedom lives on³.

Nevertheless, the institute of the jury as a medal has two sides: positive and negative, but whether these features are of equal importance in this institute it is already a matter of discussions on the one hand between lawyers and simply on the other hand between the societies.

Would the institute of the jury be finally justified in Georgia? It is not easy to be answered asked question, which is due to the time factor and therefore the lack of proper experience. However, it is inevitable that in the case of non-compliance of the conditions that are defined in the rules and laws of the criminal legislation of Georgia can cause discrediting and complete collapse of the institute of jury,; which unfortunately also makes impossible functioning properly of the jury institution within modern democratic values. Also, the jury has been considered in international practice or theory for centuries, also today is still considered as a unique institution that carries the modern values and principles of "democracy", and the rejection of the institute would be completely unacceptable and unjustified. Besides, the jury is not just the involvement of ordinary citizens in the execution of justice, but it is a rather complex trial that requires the resolution of many issues, from key points (such as the relationship between jurors and a judge, the form of a verdict, jurisdiction, etc.) to the smallest detail (e.g.: how to summon jurors, how to introduce the parties to the identity of juries etc.)

The present research work's goal is to discuss the Trial by Jury in the context of democratic values and to analyze to what extent is the jury is an opportunity for establishing more democratic justice. I will try to answer the question of whether a jury trial is more Democracy or an Ideal of Democracy? - although the "ideal" expresses the perfection of something and the "ideal" as such does not exist in nature. But the primary function of modern democratic institutions is to fill the gap between ideal and reality.

I. TRIAL BY A JURY - HISTORICAL BACKGROUNDS

In the present chapter, I will attempt to discuss the historical background of the emerging and development of Trial by Jury under the Judiciary System respectively its previous

³ Lars Yorhend, and Kakha Tsikarishvili, Trial by Jury, Tbilisi, Bona Causa, 2009, pg. 13.

faced difficulties and barriers while establishing processes, also its specific and crucial role of being a legal institute as the Ideal of Democracy or More Democracy historically.

The jury has its roots in the early stages of the origin of states. It is a legal institution with ancient traditions that have rendered invaluable service over the centuries and has played a crucial role in the development of justice also the establishment of democracy in many countries around the world⁴.

Historically societies have been directly involved in the execution of justice within various forms of executing mechanisms in states. Nevertheless, it is accepted that today's homeland of a jury is 11th century England, where the recognition of jury rights took place in 1215, when the king under the influence of a universal popular demand, signed the Magna Carta. The legal document (Magna Carta) that recognized the rights of all human beings, indicated as follows: each human being's case in the court shall be heard by "fellow citizens"⁵.

Trial by Jury, as a democratic institution, is considered to be the ancient ancestor of the Dicasteria in ancient Athens, also known as Heileia, where the public judges were called Dicasters and Hellests. The idea that several citizens should have the right to vote arose in BC the V-VI centuries' Athens. Compared to today's democratic society, the state of Athens was less democratic, it was a democracy for the distinctive people (when there were slaves alongside free citizens).⁶

In the middle ages, jurors always subordinated to physical ordeals. To make juries docile, they may have been locked in the room and left without meal and heating unless they make a guilty verdict. The above-mentioned in itself points to the paradox that a democratic institution existed in society and was suffering from a lack of democracy. It can be underlined that in this period the democratic character of the jury was an only formality. However, there are also historical decisions made by juries that illustrate the processes of growth of democracy⁷.

In 1640, 12 juries in England refused to recognize William Penn and William Meade as accomplices in the conspiracy, therefore juries were locked without meal and water. In this case, the chief judge ruled in his historic decision that none of the juries could be punished because of their verdict⁸.

A jury is the only court that has the power to rule - if it is necessary to make a fair decision, to base it not on the law but it is understanding of justice. Unlike other courts, the jury acts not by legal categories, but by life experience, "common sense", public morality, individual conscience and the criteria of 'humanity'.

⁴ Explanatory Card on the Draft Law of Georgia - Criminal Procedure Code of Georgia, S160, Tbilisi, 2010.

⁵ Lars Yorhendi, Court of Jurors, Tbilisi, Bona Causa, 2009, pg. 12.

⁶ David Beetham, Democracy: Questions and Answers, Tbilisi, Unesco, 1998, pg. 16.

⁷ Lars Yorhendi, Court of Jurors, Tbilisi, Bona Causa, 2009, pg. 15.

⁸ William Frost J, William Penn's Experiment in the Wilderness: Promise and Legend, The Pennsylvania Magazine of History and Biography, Vol. 107, No. 4, 1983, pg. 1-30.

"Nullification of Jurors" is a central element of their democratic function - "parliament sets the laws and a strong government enforces the strictly approved laws. But governments cannot force any jury to execute a strict law set by parliament. In this regard, juries play a vital role in the democratic process. However, this "feature" of the jury is difficult to be evaluated as unequivocally positive or negative.

Many verdicts reached by juries have become the subject of negative public assessments. E.g. public opinion, fully exposed (in the murder of two people) Simpson case, also finding innocent of the young Basque nationalist Ortega in Spain⁹.

Outrage over such verdicts was so widespread in the communities that could have caused discrediting to the institute of the jury that was restored a couple of years earlier. One of the democratic characteristics of the jury is also its representative nature. Modern trial by a jury stands out in this respect that represents the interests of a much wider community than it was in the 18th century¹⁰.

Until 1972, only those who met the established property threshold could be members of the jury. Therefore, juries were mostly representatives of the male gender, middle-age, and middle-class. This indicates that the societies were not fully represented in the jury, hence not all members of the society could directly participate in the execution of justice, which in itself indicates the low degree of democracy. The question may also be asked: how much is it possible for democracy to exist in an economically unstable state?

There is a reason to believe that how higher is the level of development of a country's economy, the greater the chance is that democracy will exist. This is explained by the impact that economic development has on the character of the population. But it is also wrong to assume that democracy can only exist under conditions of high levels of economic development¹¹.

Developed countries are also experiencing economic problems and difficulties. This in itself leads to political consequences. Social contradictions are deepening. Protecting the principle of equality of citizens is much harder in times of economic depression than reducing trust in a democratic government. Stable democratic systems can struggle against similar problems, but new democracies that have to need supportive conditions to establish stability, are much more dangerous.

In a democratic society, such important rights as the right to freedom from discrimination cannot be restricted. Democracy is based on the principles of public deliberation, persuasion, and compromise. There is a right to express any type of opinion. Democracy within a society implies diversity and pluralism of opinions, in addition to equality of its members.

⁹ Neil Widmar, *Trial by Jury (Common Law Countries)*, Tbilisi, Meridiani, 2005, pg. 21.

¹⁰ Chibundu, Maxwell O, *Jury Trial, and Democratic Values: On the Twenty-First Century Incarnation of an Eighteenth-Century Institution*, the University of Maryland, Legal Studies Research Paper No. 2006-45, (December 2006), pg. 13. access date: 05/01/202.

¹¹ David Beetham, *Democracy: Questions and Answers*, Tbilisi, Unesco, 1998, pg. 138.

Until 1968, the jury selection procedure conflicted with democratic ideals. So in some American states, for example, only people with high intelligence, education, and morals were allowed to be jurors.

Until 1940, women could not participate in a jury trial in most states. In the second half of the 20th century, property, sex, racial, and ethnic qualifications, by which a jury was historically characterized were excluded. In 1968, Congress passed the Jury Selection and Service Act, which abolished special requirements for the selection of juries and imposed the principle of a random selection of juries from a wide range of communities. In its 1975 judgment of Taylor against Louisiana, the Supreme Court ruled that jurors should be selected from the wide range of public at the state level. The same decision also declared unconstitutional the selection of a jury on the grounds of sex discrimination and instructed the states to select equally male and female jurors using the same procedure and principle¹².

Finally, it is clear that the establishment and development of the jury system mainly were linked to developing democracy. Moreover, it is an integral part of the institution itself among the other democratic institutions, and the bright point of the democratization judiciary power.

II. JURISDICTION OF THE JURY

In the present chapter, I will discuss the main boundaries of the jurisdiction of a jury based on the judiciary system under the World Jury practice and experience.

With the establishment of the state, the judiciary power takes its place in the system of the state mechanism, that reviews and dealing with specific cases. Over the centuries, in parallel with the development of the state, an integral part of its mechanism has developed - the judiciary power.

The judicial system - however, has been established in a very complete way and acts in non-judicial, non-democratic states as well. The state that is governed under the rule of law its judicial system is characterized by a sharp orientation towards the society, also with deep and comprehensive functional interaction with it.

It is widely believed that a jury acts only then If there are two jurisdictionally and functionally independent judicial formations: The non-professional – a jury that acts independently from a professional judge and without its participation, as the "Court of Conscience" that decides matters of fact under its discretion but the legal issues are decided by a professional judge - without the participation of juries. This is the "golden rule" of the jury, the violation of the "golden rule" will not only undermine the institutional identity of the jury but also can abolish it¹³.

¹² Jeffrey Abramson, Is America's Jury System on the Road to Justice?, Journal. Freedom, №11 (23), 2003, pg. 20/21, access date: 05/01/2021.

¹³ Iuri Gabisonia, Jurors, Magistrates and Conciliation Courts, Tbilisi, Bona Causa, 2008, pg. 85.

There is no jury as a separate judicial body or independent structure. A jury is formed by one or rarely more professional judges of a court of the first instance who presides hearings in the courts.

According to the main classification and the basic criteria of judicial systems, a jury does not represent any type of court, or judicial structure organizationally, it is one of the specific forms of case review or execution of justice¹⁴.

The issue of the jurisdiction of the jury is also important. By law only in four countries (the USA, Ireland, Canada, Cyprus), a jury is empowered to hear all or almost all of the more or less important categories of crime. In the USA, the jurisdiction of the jury (lower limit) begins with crimes that could be punishable by more than six months in prison. But in some countries (Sweden, Iran) the jurisdiction of the jury is limited to a minimum. The jurisdiction of the jury extends to the "most serious" cases of crimes.

Jurisdiction of the jury is often based on the expression of the will of the accused (defendant) itself through a motion (e.g. in Russia), or in some other form or by consent that the case to be referred to a jury trial. It usually refers to the accused (defendants) who do not plead guilty to the charges.

International or European standards completely "accept" the jury. These standards do not require that courts must have consisted of only non-professional jurors, professional judges, or even in the form of "mixed" representation - the main thing is that it must meet the requirements of the "court".

Studying the institute of the jury clarifies how democracy is achieved, and how is the ability to self-government of the people. The jury makes clear the pros and cons of democracy while promoting democratic values in society by increasing respect for the law, court judgments, and developing the legal culture of society.

It is not disputed that a jury cannot always reach an objective verdict. There is a big gap between the complexity of modern court cases and the qualifications of a jury. There are often dealing with difficulties when one is related to the requirements of the law and the other is justice. The law must be democratically interpreted in such a way that it reflects the common sense and values of the society in whose name the law is passed¹⁵.

Execution of justice does not mean doing what is popular. A democratic society, despite the will of the majority, protects the freedom of the unpopular (ordinary citizen) individual. The abolition of the jury is historically linked to anti-democratic political-state regimes. The introduction of a jury has coincided with the era of liberal reforms, (the introduction of the institute of a jury follows as the leitmotif European revolutions. In the US the institute was introduced at the moment of the adoption of the Declaration of Independence in 1776), the

¹⁴ IBID. TB., 2008, pg. 111.

¹⁵ Jeffrey Abramson, *We, the Jury: The Jury System and the Ideal of Democracy*, With a New Preface, Harvard, Harvard University Press, 2000, pg. 10-350.

initiative of the reformatory kings to gain confidence in the court. However, the jury was subsequently used against the king's authority. To give an example the US, which was a British colony. The main demand of American fighters for freedom and democracy was to have the right to elect an independent jury. And when some American entrepreneurs were sued by the British government for non-payment of taxes or criticism of the king's government, a jury acquitted them (e.g. the case of Peter Zenger)¹⁶.

As it was seen, historically, juries have repeatedly faced dilemmas but they endured all difficulties, despite the occasional dissatisfaction related to their non-professionalism expressed in world societies, juries maintained confidence as they step forward - more democracy all over the world. Below I will discuss the impartiality of the jury.

III. IMPARTIALITY OF THE JURY

In the present chapter, I will lead the discussions towards the impartiality of the jury as one of the important features that provide its independence within the whole process of the trial by the jury.

The judiciary system without the sign of independence loses its institutional identity and state-legal purpose because the independence of the judiciary system is a fundamental sign of a legal and democratic state.

The main dignity of the jury is not only the fact that the jurors have public wisdom, life experience and a sense of justice, but also that they are much more independent and more restrained than the judicial officials (professional judges) who are "aggravated" by their position and responsibility. Moreover, unlike the professional judges, the juries are not responsible to anyone for the decision they make, they are not even obliged to substantiate the verdict. However, it is more possible to be investigated facts correctly within reasoning by 12 people than one judge¹⁷.

The direct participation of the people in the execution of justice is a principle that reflects the democratic formations of justice at the same time is an essential element of the legal culture of society. The direct participation of the public in the execution of justice better ensures the social control of the state government, prevents "distancing oneself from the interests of the people", thereby supports the judiciary power, morally "affirming" it, elevating authority, and establishing a sense of justice in society.

Direct and joint participation in the trial, diversity of views, the existence of unanimity to reach a verdict, equal power in votes - all these create the conditions for democratic

¹⁶ Vakhtang Tchatchua, Basic Trends in the Origin and Development of the Institute of Jurors, Journal Justice and Law, №3-4, 2005, pg. 395, access date: 05/01/2021.

¹⁷ Iuri Gabisonia, Trial by the Jury, Journal Justice and Law, №5, 2005, pg. 64, access date: 05/01/2021.

judgment. At the same time, justice is more credible and convincing when it is a product of the struggle of the whole society¹⁸.

There is also widespread opinion as to whether a representative jury trial is dangerous if it is nothing more than a collection of private interests of those to whom it represents? - I consider that the consultation and evaluation process of trial by jury should be based on public interests and values, which should be the defining and guiding factor in the path of fair decision-making.

The trial by jury establishes a more progressive system - a competitive process, maximizing the equality of the parties, giving the accused opportunity to fully exercise his right to a fair trial. When judges have to make uncommon decisions, they are criticized by the public and officials. Because all legal actions of jurors are mostly anonymous they do not face similar problems. Jurors' actions are not related to the state and have no political ambitions, that underline their truly democratic nature.

As the negative aspect of the jury that is publicly indicated and widespread the mainly seems following: Jurors - "street people", who do not have any legal education that is necessary and inevitable to execute justice.

Even the most difficult procedures for forming a "high quality" jury and supporting its functioning do not ensure that there would be selected an appropriate contingent of jurors. Further protecting jurors from the influence of the judge, stakeholders, public, or the media can be the reason to put under the question mark of jurors' impartiality and the objectivity-fairness of the verdict¹⁹.

Despite the criticism related to the juror's unprofessionalism, it is clear that the jury has in particular features that create opportunities to be jurors more independent and impartial than professional judges in their judgments, therefore impartiality and independence are significant and integral parts of the judiciary system to be provided more justice, rule of law and democracy among societies and states.

IV. TRIAL BY A JURY AND DEMOCRACY

In the present chapter, I will discuss how the trial by a jury under the judiciary system is linked to the establishment of more democratic judicial power by taking into account democratic society, state and rule of law as inevitable preconditions.

Every particular society is characterized by specific historical values of assessments, also a kind of hierarchy of these assessment values. Value systems are formed and changed with the historical development of a society. Values are important to be discovered and distinguished regimes. There are so-called absolute or universal values. These values are valuable to everyone

¹⁸ Chibundu, Maxwell O, Jury Trial, and Democratic Values: On the Twenty-First Century Incarnation of an Eighteenth-Century Institution, the University of Maryland, Legal Studies Research Paper No. 2006-45, (December 2006), pg. 13. access date: 05/01/2022.

¹⁹ Iuri Gabisonia, Jurors, Magistrates and Conciliation Courts, Tbilisi, Meridiani, 2008, pg. 95.

and at all times in their meaning. Values are related to ideals and are often equated as well. The ideal is experienced by people as the desired perfect being, that may not become a reality. However, the aspiration towards it is positively viewed²⁰.

Freedom (political, social, personal), equality (before the law), justice, non-violence, people's sovereignty - these are universal values.

The Jury Institute emerged from the beginning as a democratic institution and was evolving in the parallel of development of a society and democracy. The concept of democracy implies not only a certain system of government but also other specific public relations. For example, Americans say that their country has only not democratic political institutions unity, but also a democratic society.

A democratic society means a society without class differences, a society that approaches equal opportunities for all to establish the ideal model of existence. Democracy is a set of relationships that are formed based on free expression, consent, and equality of the will of the parties. Democracy is one of the greatest values of civilization, the idea of social order. Democracy gives freedom to any person to the extent necessary. In legal terms, democracy is based on a system of legal norms built on the rule of law, separation of powers and the principles of ensuring human rights.

A democratic society means the existence of an independent judiciary system based on the rule of law when the judiciary system is not a subject of political and ideological impacts. It is a commonly accepted idea that human rights and democracy are "interdependent and mutually reinforcing". Protecting human rights and ensuring the rule of law, not only in developed but also in developing countries, is provided at the expense of upholding democratic principles. Protection of human rights and freedoms is very essential to exist in a democracy. Civil and political rights are necessary to be controlled government by the public- "to participate in the state affairs directly as freely elected representatives."

The practice of existing democratic institutions contributes to the development of a democratic culture within the habits and experiences of the citizens they receive while participating in political activities²¹.

Today, increasing the number of countries that choosing a variety of forms of strategies for democratization and implementing reforms of their legal systems.

Democratization is the process of emerging, establishing, perfecting, and developing institutions that ensure the formation of public relations based on the free expression, consent, and equality of each individual. It is a process in which the independent, free participation of

²⁰ Gia Zhorzholiani, *Democracy: Ideal and Reality*, Tbilisi, Social Research Institute, 1999, pg. 5.

²¹ Ethan Leib, J, *A Comparison of Criminal Jury Decision Rules in Democratic Countries*. *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 5, 2008, access date: 04/01/2021.

people grows in public life, also the external influences on the public are weakened, respect of the public dignity and protection degree is increased²².

The democratization of life means making equal social conditions and equal opportunities for the realization of needs and interests for all citizens unlike the ancient democracy, which did not recognize the rights and freedoms of the individual, therefore it was often called the despotism of the majority.

In the process of democratization, many countries have considered and are considering the introduction of a jury system. How effectively will work the institution of a jury in a country depends on many complex factors.

A jury may have some beneficial effect on the judiciary, despite it is difficult to be assured that a jury on criminal cases is an essential characteristic of democracy in the modern global society. The trial by a Jury on the criminal cases in some ways undoubtedly dominant among the world democracies, but the "Equal Court" model is not necessarily a Triumph of Democracy. There may exist a normatively good justification for supporting and promoting the jury, but it is not a necessary indicator of the achievements of democracy. However, the introduction of a jury court implies an appropriate level of cultural development of the society in which that court should act.²³

It also implies an appropriate level of public righteousness as jurors are selected from the public.

This system is based on the belief that society is aware of the essence of justice and even must protect its fellow citizen from unjust violence by the state²⁴.

Every society is characterized by immanent conflict, conflict of interests, and the existence of disputes. Crime is also one form of conflict and expression of disagreement. In a democratic society, the social importance of the judiciary is manifested in ensuring the rule of law in resolving legal conflicts, the supreme goal of justice is to replace the idea of violence with the idea of law.

The fundamental idea of democracy is that all actions of the state must be based on the will of the public, and must be legitimized by the public. Democracy is a field of collective decision-making. Democracy embodies an ideal system where decisions that affect the whole society are made by direct participation of the members of societies, and also each of them has an equal right to participate in the resolution of any public issue.

Democracy requires the observance of two principles: public control over collective decisions and equality in the exercise of control. Depending on how well these principles are

²² Conference on Proceedings of the International Conference, Democratization: Theory and Practice, Tbilisi, 1993, pg. 41. access date: 04/01/2021.

²³ Leib, Ethan J., A Comparison of Criminal Jury Decision Rules in Democratic Countries. Ohio State Journal of Criminal Law, Vol. 5, 2008. access date: 04/01/2021.

²⁴ Brochure, Encouraging the Judiciary of Georgia: The Jury Trial: More Democracy or Improving the Image of the Judiciary, 2006, pg. 14. access date: 04/01/2021.

protected when making a decision, every society can be considered democratic or - not. Rights in a democratic society, that provide the public with equal job opportunities, housing, food, dignified living conditions, education, etc. It is considered the fundamental basis of civil society. A society in which the unemployment rate is high, and the majority of the population is hungry can only slightly approach democracy. Satisfying the most important needs of man, that save their lives from death - is a necessary precondition of democracy. Consequently, the country's social conditions reflect and at the same time determines the degree of democracy in the state.

The degree of democracy of a jury verdict is directly proportional to the degree of democracy in the country. If the state is not democratic, the existence of any democratic institution will have only a formal character. In such a case, the fight for justice becomes the equivalent of heroism.

V. CRIMINAL CASES HEARD BY A JURY IN GEORGIA SOME FACTS AND FIGURES

In the final chapter, I will discuss some facts and figures based on statistical data of the Basic Knowledge and Perception Research on the Judicial System of Georgia and the Criminal Cases Heard by a Jury in Georgia. As it is mentioned above in the present work the jury is absolute novation as an experimental reality in the case of Georgia. Moreover it would be interesting is justified or not introducing the jury in the judiciary system of Georgia?

To begin with, before the introduction of the institute of the jury in Georgia, there was existent several social and legal surveys related to the introduction of an absolutely new institute of the jury in the judiciary system of Georgia, social surveys mostly had served to understand the knowledge and attitudes of Georgian communities towards the jury institute and its introduction in the judiciary of Georgia. According to the data based on the Basic Knowledge and Perception Research on the Judicial System of Georgia, the majority of interviewed people (83.6%) believed (33.0%) or partially believed (50.6%), that the introduction of a jury will ensure the independence and impartiality of the judiciary system of Georgia²⁵. It is worthwhile to be underlined that the majority of the population of Georgia expressed confidence in introducing the institute of the jury under the reform of previous judiciary power which was considered as corrupted as missing fundamental impartiality and independence principles of the court, it is obvious Georgian society was unsatisfied by the work of the previous judiciary power, therefore Georgian communities believed in reforming the judiciary and the introduction of the jury will increase transparency, independence, and impartiality of the judiciary, hence the institute of the jury was welcomed among the communities of Georgia, in addition to being considered as the beacon of democracy.

²⁵ Institute of Social Researches, Basic Knowledge and Perception Research on the Judicial System of Georgia Published: 5/05/2009, <http://www.msajuli.ge/uploads/2009.pdf>, access date 04/01/2021.

Since the enactment of the Institute of Jurors until May 1, 2020, in Georgia, a total of 46 criminal cases were heard by the jury against 59 persons. Out of these, in 2011 - 2 criminal cases were heard against 4 persons, in 2012 - 1 criminal case against 1 person, in 2013 - 4 criminal cases against 7 persons, in 2014 - 4 criminal cases against 7 persons, in 2015 - 9 criminal cases against 10 persons, in 2016 - 4 criminal cases against 4 persons, in 2017 - 9 criminal cases against 10 persons, in 2018 - 5 criminal cases against 6 persons, in 2019 - 7 criminal cases against 7 persons, in 4 months of 2020 - 1 criminal case against 3 persons²⁶. Under the statistical data of the Criminal Cases Heard by a Jury in Georgia, it is worthwhile to be mentioned that since the enactment of jury in Georgia until today the number of criminal cases that were heard by juries was being increased periodically. It is a fact that in the first years after the enactment of the institute of the jury, only a few criminal cases were heard by juries, to give an example in 2011 – it was 2 cases, and in 2012 - 1 case, this may be due to the lack of experience acting of the institute of a jury in the judiciary system of Georgia, thus It could be considered very logical because at the beginning introduction of the institute of the jury was an experiment, moreover, there was a fear in the judiciary whether the institute of the jury would be a new challenge for the court or the ideal of democracy, or whether the institute of the jury would be justified in the Georgian reality. On the contrary, the maximum number of criminal cases - 9 heard by jurors was equally recorded in 2015 and 2017. Besides, based on the above-mentioned statistical data, it can be said that trust in the work and function of the jury is growing stage by stage almost every day in Georgia. But it is still difficult to be predicted that whether would the institute of the jury be an ideal of democracy in the case of Georgia once many factors can be causing new problems to the judiciary system, despite this and similar existed debates towards the institute of the jury can only time can make clear and blatant.

According to the courts, the mentioned data are distributed as follows: Tbilisi City Court - 31; Kutaisi City Court - 9; Gori District Court - 4, Rustavi District Court - 1; and Zugdidi district court -1 criminal cases were heard by jurors. Besides, in Batumi City and Telavi District Courts, none of the cases were heard by the jury, from here during the above mentioned period, 9 criminal cases under article 108 (Intentional killing), 17 criminal cases under article 109 (Intentional killing under aggravating circumstances), 9 criminal cases under articles 19-109 (attempted Intentional killing under aggravating circumstances) of the criminal code of Georgia were heard by the jury²⁷. Based on the statistical data of the Criminal Cases Heard by a Jury in Georgia the most number of criminal cases - 31 were heard by juries under its jurisdiction acting in Tbilisi City Court, and on the contrary the fewest number of case – 1 was equally heard by juries under its jurisdiction acting in Zugdidi and Rustavi District Courts. It is worthwhile to be mentioned that Tbilisi is the capital city of Georgia, thus Tbilisi City Court's territorial jurisdiction covers the most administrative units of the country where the vast majority of the total population of the country is distributed therefore not surprisingly a

²⁶ Supreme Court of Georgia, Statistics of Cases Heard by a Jury, Published: 21/03/2019, <http://www.supreme-court.ge/news/id/1909>. access date 04/01/2021.

²⁷ IBID, Published: 21/03/2019.

huge number of the criminal cases were heard by juries under its jurisdiction acting in Tbilisi City Court.

Besides, the vast majority number of criminal cases heard by juries were qualified under articles 108 (Intentional killing), 109 (Intentional killing under aggravating circumstances), 19-109 (attempted Intentional killing under aggravating circumstances) of the criminal code of Georgia, and Why? - Perhaps this is due to the commonly approved fact that according to the world experience of the institute of the jury it is considered to be easier for juries to investigate the facts of such serious criminal cases and reach a verdict on them, once the facts, shreds of evidence, and proofs in their nature are obvious and almost do not require special education.

Out of 46 criminal cases (against 59 persons) heard by the jury, 41 were found guilty and 18 not guilty. According to the verdicts on the criminal cases that were handed down by the jury, the sentences imposed on 41 convicts are distributed as follows: Term imprisonment- 35 persons; imprisonment for life - 4 persons; fine - 1 person; and released by amnesty - 1 person. Finally, out of 46 criminal cases heard by the jury (against 59 persons), 24 criminal cases (52.2%) were appealed in the cassation courts against 27 persons (45.8%). Out of 23 heard criminal cases (one criminal case is not completed at this stage), 10 criminal cases (43.5%) were declared inadmissible against 12 persons (46.2%), 2 criminal cases (8.7%) were left unconsidered against 3 persons (11, 5%), the sentence was left unchanged in 10 criminal cases (43.5%) against 10 persons (38.5%), the sentence was canceled in the sentencing part and returned to the court for re-appointment of the sentence in 1 criminal case (4.3%) against 1 person (3, 8%)²⁸. It is clear from the analyzed data that the most reached verdicts by juries were almost final, although the jury verdicts that were appealed in the cassation courts were mainly declared as inadmissible or were left unchanged, only an inconsiderable number of the criminal case (1) was returned to the court for reappointing sentence, therefore in a short time following analyzed statistical data: 'Basic Knowledge and Perception Research on the Judicial System of Georgia and the Criminal Cases Heard by a Jury in Georgia' acting jury in the judiciary of Georgia could be partly evaluated and approached positively as optimistic unless the time would show us the more clear outlooks that should be discussed far in the future.

Following the Criminal Code, and Criminal Procedure Code of Georgia, the institute of jury acts in the City (Tbilisi, Kutaisi, Batumi) and District (Zugdidi, Telavi, Gori Rustavi) Common Courts of Georgia and hears only specific criminal cases (mostly serious crimes), therefore its administrative and legal jurisdiction is strictly defined and prescribed by the general rules and laws of Georgia.

According to some facts and figures based on statistical data of the Criminal Cases Heard by a Jury in Georgia since the enactment of the institute of the jury until May 1, 2020, a total number of 46 criminal cases were heard by juries against 59 persons, and the vast majority reached verdicts on the criminal cases by the jury were final. Moreover, the appealed jury

²⁸ IBID, Published: 21/03/2019.

verdicts in the cassation courts of Georgia were mainly declared inadmissible or left unchanged, that could be considered one of the biggest achievements of the jury in that short period in its functioning in the judiciary of Georgia.

It should be separately underlined that the institute of the jury is now introduced and has just only 10 years acting experience in the judiciary of Georgia. Therefore it is recently may be early and difficult to be discussed objectively the real outlooks of the jury, also to be offered any exact opinions towards the institution itself in the case of Georgia. However it would be unfair to avoid taking positive and decisive steps by governmental and non-governmental organizations of Georgia in terms of introducing the institute of the jury under the reform of judiciary system in Georgia.

Finally, as it is understood from the above mentioned analyzed statistical data based on some facts and figures of the Criminal Cases Heard by a Jury in Georgia, I think introducing the jury in the judiciary system of Georgia is justified, and why? – The answer can be given in several stages as follows:

At the first, it supports and provides more democratic judiciary power despite some discussed difficulties that juries could face while the whole process from starting to ending point related to the trial by the jury.

Secondly the institute of the jury is the pillar to be protected transparency, impartiality and independence principles of the judiciary.

Thirdly the current jury institution among other democratic institutions - it is one of the most ideal of democracy to be compared to the previous judiciary power in Georgia.

Besides, in the case of Georgia, a jury trial has to play the main role of the pillar that can restore in people the faith of lost justice, trust in the judiciary, and approve that the law is supreme – thus everyone has to act according to the law without any distinction and subordination, so the jury is new hope as the way on the more democracy.

CONCLUSION

The jury trial is a highly controversial institution. Perhaps that is why Jeffrey Abramson mentions in his book (*We, the Jurors*) that the jury trial is the best and at the same time the worst achievement "and as examples historically famous verdicts that surprise public until today: Jurors sentenced Socrates to death in Athens for a religious crime committed against the state, in England - jurors preferred going to jail to accuse William Penn, In Salem, women were accused of magic, while in America they resisted the persecution of witches (progressive people), in South America, vigilantes who were lynched by African-Americans were released and in the North, they sheltered fugitive slaves and abolitionists (they aimed to abolish African slavery in the United States)²⁹.

²⁹ Jeffrey Abramson, *We, the Jury: The Jury System and the Ideal of Democracy*, With a New Preface, Harvard, Harvard University Press, 2000, pg. 10-350.

As we see we are dealing with two extremes, which can be the source of error. The truth as they say "somewhere in the middle". But where is this golden mean? - Despite a jury trial may have some beneficial effects, no one should think that a jury trial is just only one essential feature of democracy in modern global society. The trial of defendants by non-professionals is undoubtedly the dominant one among the world's democracies, but the "Court of Equality" model, is not necessarily the triumph of democracy.

There may be a normatively enough good justification for facilitating a jury, but it is not a necessary indicator of the achievements of democracy.

The participation of the "public" in the criminal case is aimed at protecting civil rights from a professional judge who represents State authorities. The jury was historically regarded as a guarantee of protection of civil rights.

What about the establishment of the institute of the jury in the Georgian reality. Many difficulties could be accompanied by taking into account the lifestyle that exists in the country.

The public view has been expressed that the institute should be established not as radically and widely as it is in other countries.

It should be noted that the proper functioning of any democratic institution depends significantly on the degree of democracy of the state in which it operates.

In the case of Georgia, giving examples of England, The USA, etc. can not give us enough clear idea of the problem. All of the above-mentioned states belong to the number of developed states, respectively, their standard of living and sustainable socio-economic conditions create the right ground for the existence of such an institution. Grounds should be improved and better prepared in order for acting a jury more effectively in Georgia. Steps should be taken forward to promote and popularize trial by a jury in Georgia.

Members of the public should not be unfamiliar with the laws and professional language of judges. The execution of criminal justice should be considered by the public as a common problem and not as a problem of a particular individual³⁰.

For the democratic ideal to be put into practice, it is necessary to have an appropriate mechanism in the form of state structures, which act following the law and the constitution.

The answer to the question - is the institution of a jury the ideal of democracy or more democracy? -The jury - is self-evident. The jury is one of the institutions among many others that should contribute to the growth of democracy.

Is it justified to introduce the jury in Georgia? Is it more democracy? - Under some facts and figures based on statistical data of the criminal cases already heard by a Jury in Georgia, I think that introducing the jury in the judiciary system of Georgia is justified, at first

³⁰ Felix Herzog, Philosophical and Social View of the Jury: Could It Have a Renaissance in Germany?, in Lay participation in the criminal trial in the XXist century, 72 *Revue Internationale De Droi Penal*, 2001, pg. 553-57.

it supports and provides a more democratic judiciary power despite some discussed difficulties that jurors could face while the whole processes related to the trial by the jury. At the second current jury institution among other democratic institutions- it is one of the most ideal of democracy – more democracy to be compared to previous judiciary power in Georgia.

In deed, no state can fully implement the principle of public control and political equality, but the process of democratization is endless. Every healthy society yearns for the perfection of democratization since it is a key factor in social progress.

Finally, it is difficult to be rejected by the public opinion that building a democratic judiciary system is possible even without the institution of a jury. However, it is also an indisputable fact that the institution of the jury has endured for centuries and has been playing an important role in the process of democratization of the justice system.

KAYNAKÇA

- Abramson Jeffrey, *We, the Jury: The Jury System and the Ideal of Democracy, With a New Preface*, Harvard, Harvard University Press, 2000.
- Abramson Jeffrey, *Is America's Jury System on the Road to Justice?*, *Journal. Freedom*, №11 (23), 2003, pg. 20/21, access date: 05/01/2021.
- Beetham David, *Democracy: Questions and Answers*, Tbilisi, Unesco, 1998.
- Brochure, *Encouraging the Judiciary of Georgia: The Jury Trial: More Democracy or Improving the Image of the Judiciary*, 2006, access date: 04/01/2021.
- Conference on Proceedings of the International Conference, *Democratization: Theory and Practice*, Tbilisi, 1993, access date: 04/01/2021.
- Explanatory Card on the Draft Law of Georgia - Criminal Procedure Code of Georgia, S160, Tbilisi, 2010.
- Frost J William, *William Penn's Experiment in the Wilderness: Promise and Legend*, *The Pennsylvania Magazine of History and Biography*, Vol. 107, No. 4, 1983.
- Gabisonia Iuri, *Jurors, Magistrates and Conciliation Courts*, Tbilisi, *Bona Causa*, 2008, pg.
- Gabisonia Iuri, *Trial by the Jury*, *Journal Justice and Law*, №5, 2005, pg. 64, access date: 05/01/2021.
- Leib Ethan J., *A Comparison of Criminal Jury Decision Rules in Democratic Countries*. *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 5, 2008. access date: 04/01/2021.
- Law of Georgia On Amendments to the Criminal Procedure Code of Georgia, N5591-IIS, Kutaisi, 24 June 2016.
- Maxwell O Chibundu, *Jury Trial and Democratic Values: On the Twenty-First Century Incarnation of an Eighteenth-Century Institution*, the University of Maryland, *Legal Studies Research Paper No. 2006-45*, (December 2006), pg. 13. access date: 05/01/2021.
- Supreme Court of Georgia, *Statistics of Cases Heard by a Jury*, Published: 21/03/2019, <http://www.supremecourt.ge/news/id/1909>. access date 04/01/2021.
- Tchatchua Vakhtang, *Basic Trends in the Origin and Development of the Institute of Jurors*, *Journal Justice and Law*, №3-4, 2005, access date: 05/01/2021.
- The Constitution of Georgia*, S55, Tbilisi, 2011.
- Widmar Neil, *Trial by Jury (Common Law Countries)*, Tbilisi, Meridiani, 2005.
- Yorhend Lars and Kakha Tsikarishvili, *Trial by Jury*, Tbilisi, *Bona Causa*, 2009.
- Yorhendi Lars, *Court of Jurors*, Tbilisi, *Bona Causa*, 2009.
- Zhorzholiani Gia, *Democracy: Ideal and Reality*, Tbilisi, Social Research Institute, 1999.

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

OLAĞANÜSTÜ BİR KANUN YOLU OLARAK YARGITAY CUMHURİYET BAŞSAVCISININ İTİRAZ YETKİSİ (CMK M. 308)

THE JURISDICTION TO APPEAL BY THE CHIEF PUBLIC PROSECUTOR OF THE SUPREME COURT OF CASSATION AS AN EXTRAORDINARY LEGAL REMEDY

Can Bayer*

ÖZ

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itiraz yetkisi, olağanüstü bir kanun yolu olup Yargıtay ceza dairelerince gerçekleştirilen temyiz incelemesinin -adli yargı sistemi içerisinde- denetimine imkan veren tek hukuki çaredir. İtiraz yetkisi, hukuk dünyasındaki aykırılıkların giderilmesi ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı teşkilatının etkinliğini artırmaya imkan vermesi dolayısıyla önemli ve gereklidir. Ceza dairelerinin bozma kararlarına karşı, itiraz yetkisine başvurma olanağının tanınması; bu yolun olağanüstü niteliğine zarar getirmediği gibi usul ekonomisine de katkı sağlamaktadır. Ceza dairelerinin onama kararı üzerine, sanıklık statüsünün son bulduğundan bahisle, itiraz incelemesinin adil yargılanma hakkı kapsamı dışında kalacağı düşünülemez; zira, devletin adil yargılama ödevi devam etmekte olup ilgilinin bilgi edinme ve görüş bildirme hakları gözetilmelidir. Yalnızca ciddi başvuruların olağanüstü bir incelemeyi meşru kılacağı düşünüldüğünden, itiraz yetkisine başvurulurken itiraz sebep ve gerekçelerinin gösterilmesi ile bunların kişi ve fiil yönünden sınırlandırılması gerekir. Buna karşın, içtihat birliğinin sağlanması amacıyla uygun olarak ilgili merciin başvuruda gösterilen sebep ve gerekçelerle bağlı olmaksızın inceleme yapabileceğini kabul etmek gerekir.

Anahtar Kelimeler Olağanüstü Kanun Yolu ~ Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının İtiraz Yetkisi ~ Olağanüstü İtiraz

* Avukat, Ankara Barosu.

0000-0002-8077-3307 avcanbayer@gmail.com



Bu eser Creative Commons Alıntı-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.
This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.

ABSTRACT

The jurisdiction to appeal by the Chief Public Prosecutor of the Supreme Court of Cassation is an extraordinary legal remedy and it is the only legal remedy within the judicial system that allows the inspection of the cassation review conducted by the penal chambers of the Supreme Court of Cassation. The authority to appeal is important and necessary, as it enables the elimination of irregularities in the legal world and the increase of the organization of the Supreme Court of Cassation Chief Public Prosecutor's Office. Providing the opportunity to appeal against the reversal decisions of the Criminal Chambers of the Court of Cassation does not harm the extraordinary nature of this remedy and but also contributes to the judicial economy. Based on the decision of the criminal chambers for approval, the defendant status is terminated. It cannot be considered that the cassation review will fall outside the scope of the right to a fair trial because the duty of the state to a fair trial continues and the right of the person concerned to obtain information and to express an opinion should be respected. Since it is thought that only serious applications will legitimize an extraordinary investigation, the reasons and justifications of the objection should be shown while applying for the objection authority, and these should be limited in terms of person and action. On the other hand, in line with the purpose of unity of case law, the relevant authority can conduct an investigation regardless of the reason and justifications indicated in the application.

Keywords Extraordinary legal remedy ~ appeal authority of the Chief Public Prosecutor of the Court of Cassation ~ extraordinary appear

GİRİŞ

Çalışma kapsamında, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile ceza muhakemesi hukukunun ilkeleri çerçevesinde, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itiraz yetkisi incelenmiş; anılan yetkinin hukuki niteliği, bu yetkiye başvurulmasına ilişkin usul, başvuru üzerine yapılan inceleme ile verilen kararın kapsam ve etkileri işlenmiş olup doktrinde tartışılan konulara değinilerek bunlara ilişkin bir takım çözüm önerileri sunulmuştur.

Çalışmayla itiraz yetkisinin olağanüstü bir kanun yolu ve gerekli olduğu sonucuna ulaşılması, bu yetkiye ilişkin olarak yüksek yargı yerlerinin güncel uygulamasının tespit edilmesi hedeflenmektedir.

Yargı kararlarının denetimi, hukuk dünyasındaki aykırılıkların düzeltilmesi ve hem birey hem de toplum nezdinde adalet inancının pekiştirilmesi bakımından önem arz etmektedir. Yargıtay ceza dairelerince verilen ve aleyhine başkaca bir olağan yola başvurma olanağı bulunmayan kararların son bir kez daha gözden geçirilmesine olanak tanınması ise itiraz yetkisi özelinde bahsedilebilecek bir önemdir.

Çalışma genelinde, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itiraz yetkisi, kısaca “itiraz veya itiraz yetkisi” şeklinde zikredilmiş olup bu deyişler, aksinin açıkça belirtildiği haller dışında, olağan itiraz kanun yolu olarak anlaşılmalıdır.

Araştırma, bilimsel yönetime dayanmakta olup kullanılan temel veri kaynakları -birincil nitelikteki- mahkeme içtihatları ile -ikincil nitelikteki- doktrinsel görüşlerdir. Bu veriler, belge tarama yöntemiyle elde edilmiştir.

I. KAVRAM

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının Yargıtay ceza daireleri kararları ile İcra ve İflas Kanunu’ndaki ceza hükümlerinin uygulanmasına ilişkin hukuk dairesi kararlarında gördüğü hukuka aykırılıkların giderilmesi için sanık aleyhine otuz gün içerisinde, sanık lehine ise herhangi bir süreye tabi olmaksızın Ceza Genel Kurulu’na başvurmak suretiyle açtığı olağanüstü kanun yolu davası şeklinde tanımlanmıştır.¹

10.05.1926 tarih ve 834 sayılı Kanun ile hukukumuzda giren gerek mehz Alman Kanunu’nda gerekse de başka bir hukuk sisteminde karşılığı bulunmayan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itiraz yetkisi; niteliği, kapsamı ve gerekliliği hususunda birçok eleştiriye konu olmakla beraber; Yargıtay tarafından, olağanüstü bir kanun yolu olarak kabul görmekte ve uygulanmaktadır.²

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı’nın itiraz yetkisi, diğer kanun yolları gibi adil yargılamanın gereği olarak mahkeme kararlarındaki hukuka aykırılık iddialarının denetlenmesi

¹ Çetin Arslan, “Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı İtirazı (CMK md. 308)”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Sayı 5 (Yıl 2007), s. 113.

² Arslan, “Cumhuriyet Başsavcılığı İtirazı (CMK md. 308)”, s. 121; Uğur Alacakaptan, “Temyiz Mahkemesi Başsavcılığı’nın Yaptığı İtiraz Hükümün Kesinleşmesine Mani Olur Mu?”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 24 Sayı 1 (Yıl 1967), s. 289.

amacını taşır;³ daha özel bir ifadeyle ise itiraz yetkisinin ceza dairesi kararlarındaki hukuka aykırılıkların giderilmesi ve içtihat birliğinin sağlanması bakımından, etkili ve önemli bir işleve sahip olduğu söylenebilir.⁴ Ceza dairesi, kararını açıklamakla dosyadan elini çektiğinden ve artık tavzih veya başkaca bir yol ile daire kararlarının düzeltilmesine olanak bulunmadığından; usulüne uygun direnme kararıyla Ceza Genel Kurulu'nun önüne gelenler hariç, ceza dairesi kararlarındaki hukuka aykırılık iddialarının -başka bir merci tarafından- denetlenmesine imkan veren tek hukuki çare, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın itiraz yetkisidir.⁵ Bu sebeple itiraz yetkisinin, kesin hüküm otoritesini zedelemesine rağmen, olağan denetim muhakemesiyle ortaya çıkan kararların daha isabetli olması bakımından önemli olduğu kabul edilmiştir.⁶ Yine, itiraz yetkisinin gerekliliği tartışılırken ceza dairesi kararlarının denetimine imkan sağlamak suretiyle bir ihtiyaca cevap verildiği ve öngörülen denetim usulünün -yargılamanın genelinde- hakkaniyetin bozulmasına sebebiyet vermediği, ayrıca Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'na tanınan itiraz yetkisinin yargılamayı geciktireceği ve iş yükünü artıracığına ilişkin eleştirilerin isabetsiz olacağı ifade edilmiştir.⁷

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına tanınan itiraz yetkisi; itiraza konu daire kararının -Ceza Genel Kurulu'na intikal etmesiyle- kolektifleştiği ve bunda yarar görülebileceği, ancak anılan yarar için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının sırf daire kararını isabetli bulmaması nedeniyle iş yükünü artırmasına izin verilemeyeceği gerekçesiyle eleştirilmiş olup kararların kolektifleşmesi bakımından, aynı yararın içtihatların birleştirilmesi suretiyle sağlanabileceği ve itiraz yetkisine ihtiyaç olmadığı da ifade edilmiştir.⁸ Eleştiriyi isabetli bulmak zordur; zira, uygulamada, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına tanınan bu yetkiye -iş yükünde ciddi artışa sebep olacak kadar- başvurulmamaktadır.⁹ Böyle bir tehlike var olsa dahi kararların denetimini kısıtlamak yerine, yeterli nitelik ve niceliğe sahip hakimini yetiştirilerek istihdam edilmesi şüphesiz ki daha isabetli olacaktır.

02.07.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanun'un 99. maddesi ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itiraz yetkisine ilişkin olarak ek bir düzenleme yapılmış olup bu sayede; itirazın, Ceza Genel Kurulunca ele alınmadan önce, kararına itiraz edilen dairece incelenmesi ve yerinde görülmesi halinde, kararın düzeltilmesine olanak sağlanmıştır. Bu haliyle itiraz yetkisinin "karar düzeltme" yolunu da kapsadığı ifade edilmektedir.¹⁰ Karar düzeltme yolunun -ayrı bir kanun

³ Serdar Talas, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Başsavcılığın İtirazı", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 70 Sayı 1 (Yıl 2012), s. 155.

⁴ Ahmet Gökçen vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018, s. 709; Arslan, a.g.e., s. 109.

⁵ Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016, s. 835.

⁶ Bahri Öztürk vd., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018, s. 749.

⁷ Talas, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Başsavcılığın İtirazı", s.155-158; Sacit Yılmaz, "Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının İtirazı (CMK md. 308)", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Cilt 1 Sayı 41 (Yıl 2020), s. 121.

⁸ Nurullah Kunter ve Feridun Yenisey, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınları, 2000, s. 1196.

⁹ Paylaşılan istatistiklere göre 2018 yılında 757, 2017 yılında 750 ve 2016 yılında ise 1140 dosya; itiraz yetkisine başvurulmasıyla Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun önüne gelmiştir. bkz. Yılmaz, "Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının İtirazı (CMK md. 308)", s. 144; benzer değerlendirmeler için bkz. Arslan, a.g.e., s. 109; Mustafa Ruhan Erdem ve Candide Şentürk, *Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 241.

¹⁰ Cumhur Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku C. II*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 308.

yolu olarak düzenlenmesi yerine- itiraz yetkisi kapsamında düzenlenmesi önemlidir. Zira, ayrı bir yol olarak öngörülseydi, karar düzeltme talebi üzerine, aynı mahkeme tarafından verilen karara karşı herhangi bir yola başvurulması mümkün olmayacaktı; ancak bu tercih, yerinde görülmeyen itirazın başka bir merci tarafından denetimini zorunlu kılmakta ve etkili bir denetim yapılmasına imkân sağlamaktadır.

II. HUKUKİ NİTELİK

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına tanınan itiraz yetkisi, mahkeme (ceza dairesi) kararlarının denetimine olanak sağlayan bir hukuki yol olduğundan kuşkusuz ki kanun yoludur. Ancak, itiraz yetkisinin olağan bir kanun yolu mu yoksa olağanüstü bir kanun yolu mu olduğu sorusuna farklı cevaplar verilmiş ve bu hususta, görüş birliğine varılamamış; bu bağlamda, doktrin ve uygulamadaki farklı yaklaşımların incelenmesi ve bir sonuca varılması ihtiyacı doğmuştur.¹¹

A. İTİRAZ YETKİSİNİN OLAĞANÜSTÜ BİR KANUN YOLU OLDUĞUNA İLİŞKİN GÖRÜŞLER

Bir görüşe göre, itiraz yetkisi, olağanüstü bir kanun yolu olup olağanüstü kanun yollarına -ancak- kesinleşmiş kararlara karşı başvurulabilir.¹² Bu sebeple ceza dairesinin bozma kararlarına karşı itiraz yetkisine başvurulması mümkün değildir.¹³ Aynı kapsamda, kesinleşme kriterinin yanında, olağan kanun yollarının sınırlı sayıda olduğu ve bunlar dışında kalan kanun yollarının olağanüstü olarak nitelendirileceği de ifade edilmiştir.¹⁴

Diğer bir görüşe göre ise temyiz denetiminden geçmiş ve kesinleşmiş kararlara karşı, itiraz yetkisinin -yalnızca- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına tanınması nedeniyle bunun olağanüstü bir kanun yolu olarak kabul edilmesi gerekir.¹⁵ Buna ek olarak itiraz yetkisine süresiz olarak da başvurulabilmesi ve itiraz yetkisinin olağanüstü kanun yolları arasında düzenlenmiş olması; bu yetkinin olağanüstü niteliğine işaret etmektedir.¹⁶

Yargıtay; olağan kanun yolunu, bir karar aleyhinde -maddi ve hukuki gerekçelerle- ilgili herkes tarafından başvurulabilen yasal çare olarak tanımlamış olup -yalnızca- olağan yollar tü-kendiğinde başvurulabilen kanun yollarının ise olağanüstü niteliğe sahip olduğunu belirtmiştir.

¹¹ Birçok yazarın açıklamalarında yer verdiği “bozma kararına karşı itiraz yetkisine başvurulmasının mümkün olup olmadığı” sorunu, aşağıda Başvuru Konusu alt başlığı altında -ayrıca- ele alınacaktır.

¹² Veli Özer Özbek vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018, s. 771-775; Cengiz Apaydın, *Ceza Muhakemesine Egemen İlkeler Işığında Olağan ve Olağanüstü Kanun Yolları*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 213.

¹³ Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku C. II*, s. 310-311; Mustafa Özen, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020, s. 925.

¹⁴ Feridun Yenisey ve Aysel Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 979-981.

¹⁵ Kunter ve Yenisey, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 1196; Öztürk vd., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 749; Mert Asker Yüksektepe, *Adil Yargılama ve Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları*, İstanbul: Platon Hukuk Yayınevi, 2020, s. 487; Yılmaz, a.g.e., s. 121; Emre Oğuz Meriç, “Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının İtirazı”, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi. Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, Cilt 21 Özel sayı (Yıl 2019), s. 1110.

¹⁶ Arslan, a.g.e., s. 112-113; Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Savaş Yayınevi, 2016, s. 377.

Bu kapsamda Yargıtay, itiraz yetkisinin olağanüstü bir kanun yolu olduğunu kabul etmektedir.¹⁷

Anayasa Mahkemesi, birçok kararında, temyiz incelemesi sonrasında verilen onama kararıyla hükmün kesinleştiğini de vurgulayarak, itiraz yetkisinin olağanüstü bir kanun yolu olduğunu ifade etmiştir.¹⁸

B. İTİRAZ YETKİSİNİN OLAĞAN BİR KANUN YOLU OLDUĞUNA İLİŞKİN GÖRÜŞLER

Bir görüşe göre, itiraz yetkisine başvurulabilmesi için öngörülen otuz günlük sürenin kararın kesinleşmesini engellediğinden bahisle, itiraz yetkisinin kesinleşmemiş kararlara karşı başvuru olan bir kanun yolu olduğunu ve buna bağlı olarak da olağan kanun yolu olarak nitelendirilmesi gerektiğini savunulmaktadır. Ayrıca, itiraz yetkisinin -yalnızca- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına tanınmış olmasının da onun olağan niteliğini değiştirmeyeceği belirtilmiştir.¹⁹

Başka bir görüşe göre, sanık aleyhine olan başvuruların süreye tabi olması ve -kesinleşmemiş nitelikteki- bozma kararlarına karşı da bu yola başvurulabiliyor oluşu, itiraza konu edilen kararların kesinleşmemiş olduğunun göstergesi kabul edilmekte ve buna bağlı olarak da itiraz yetkisi, olağan kanun yolu olarak nitelendirilmektedir. Bu kapsamda, itiraz yetkisinin -kanun sistematığı içerisinde- hatalı bir yerde düzenlendiği ve -bozma kararlarına karşı itiraz yetkisine başvurulmaması gerektiği görüşünün aksine- bozma kararlarının da itiraza konu edilebilmesinde isabetsizlik bulunmadığı savunulmuştur.²⁰

Başka bir görüşe göre, itiraz yetkisinin olağan kanun yollarına ilişkin temel özelliklere sahip olduğu, bir yargı merciince verilen kararın başka bir yargı merciince denetlenmesine imkan tanıdığı ve bu denetlemeye konu olan kararların kesinleşmemiş kararlar olduğu ifade edilmiştir. Aynı zamanda, diğer olağanüstü kanun yolları bakımından infazın ertelenmesine karar verilmedikçe infazın devam edeceği belirtilmesine karşın, itiraz yetkisinde böyle bir düzenlemeye gerek görülmemesi sebebinin itiraz konusu kararların -zaten- kesinleşmemiş ve infaz edilmesi söz konusu olmayan kararlar olduğuna dikkat çekilmiştir. Yine, dava zamanışımının

¹⁷ "Bir karar aleyhine ilgili herkes tarafından gerek maddi, gerekse hukuka aykırılık iddiası ile bir yasal çareye başvurulabiliyorsa bu olağan bir yasa yoludur. Olağanüstü yasa yolu ise ancak olağan yasal çareler tükenince gidilebilen ve yalnızca sonuca etkili bir hukuki sorunun incelenebileceği yasal son çaredir. Bu ölçüde göre de Yargıtay C. Başsavcısının itirazı olağanüstü bir yasa yoludur. Bir yasa yolunun olağanüstü olarak değerlendirilmesinin, itiraz nedenleri yönünden de bazı sınırlamaları beraberinde getirmesi kaçınılmazdır." (Yargıtay CGK, 17.03.1998, 1998/6-18 E. ve 1998/19 K.) karar metni için bkz. Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınları, 2020, s. 936, 1 numaralı dipnot

¹⁸ "Ceza Genel Kurulunun 17.03.1998 gün ve 18-91 sayılı kararında belirtildiği üzere, Yargıtay C. Başsavcılığının Ceza Dairelerinin kararlarına karşı itirazı, olağanüstü bir yasa yolu olup ..." (Yargıtay CGK, 13.04.2010, 2010/9-64 E. ve 2010/85 K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, 06.03.2021

(farklı bir erişim kaynağı gösterilmeyen tüm Yargıtay kararlarına, aynı adresten ve aynı tarihte erişim sağlanmıştır).
¹⁹ "Başvurucunun 5271 sayılı Kanun'un 308. maddesi gereğince onama kararına itiraz için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına müracaat etmesi olağan kanun yolu olmadığı için kararın ... kesinleşmesini engellemeyecektir..." (AYM, Yusuf Özdemir Başvurusu, B. No: 2012/162, p. 21, erişim: <https://kararlarbilgibankasi.ana-yasa.gov.tr/BB/2012/162>, 06.03.2021).

¹⁹ Erdener Yurtcan, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi (CMK)*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 1179-1180.

²⁰ Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 833-834, 838.

işlemeye devam etmesi de itiraz konusu kararların kesinleşmemiş nitelikte olduğunun göstergesi kabul edilmiş ve bu hususta, aksinin düşünülmemeyeceği; zira, itiraz üzerine bozma kararı verilmesi halinde, esas mahkemenin zamanaşımı nedeniyle düşme kararı verme imkanının kalmayacağı ve bunun da kabul edilemez olduğu belirtilmiştir.²¹

Diğer bir görüşe göre ise itiraz yetkisi -açıkça- olağan bir yol olarak nitelendirilmemekle beraber, olağanüstü kanun yollarına -sadece- kesinleşmiş kararlara karşı başvurulabileceği belirtilmekte ve bozma kararlarına karşı -olağanüstü kanun yolları arasında düzenlenen- itiraz yetkisine başvurulamayacağı ifade edilmektedir. Buna karşın, bozma kararlarına karşı da bu yola başvurulabilmesi gerektiği; bunun yasal dayanağının oluşturulabilmesi için ise itiraz yetkisinin olağan kanun yolları arasında düzenlenmesinde isabet olacağı savunulmaktadır.²²

C. İTİRAZ YETKİSİNİN NİTELİĞİNE İLİŞKİN DİĞER GÖRÜŞLER

Bir görüşe göre, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itiraz yetkisi, olağan veya olağanüstü bir yol olarak nitelendirilmemekte; özel kanun yolları başlığı altında incelenmektedir.²³

Başka bir görüşe göre ise itiraz yetkisi bakımından tanınan otuz günlük süre içerisinde kararın kesinleşmeyeceği ve dolayısıyla bu süre içinde başvuru itiraz yetkisinin olağan nitelikte olduğu, otuz günlük süre sonrasında -sanık lehine- yapılan başvuruların ise olağanüstü nitelikte olduğu ifade edilmiştir. Bu kapsamda, itiraz yetkisinin hem olağan hem de olağanüstü bir yönü olduğu kabul edilmiştir.²⁴ Aynı kapsamda, itiraz yetkisinin “karma” yapılı bir kanun yolu olduğu ve olağan-olağanüstü kanun yolu ayrımı bakımından, süre kriterinin esas alınmasıyla yasada öngörülen 30 günlük süre içerisinde kesinleşmemiş sayılacak bozma ilamları hakkında da itiraz yetkisine başvurulmasında herhangi bir sakınca olmayacağı savunulmuştur.²⁵

D. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Olağan kanun yolu; kesinleşmemiş mahkeme kararına karşı, belirli bir süre içerisinde ve tüm ilgililerce başvurulabilecek hukuki çaredir. Olağanüstü kanun yolu ise anılan özelliklerden bir veya birkaçını taşımayan ve dolayısıyla olağan olarak nitelendirilemeyen hukuki çaredir. Başka deyişle, bir kanun yolunun olağanüstü niteliğe sahip olduğundan bahsedilebilmesi için kesinleşmiş bir karara karşı başvurulması, süreye tabi olmaması ve ilgili herkes tarafından başvurulmaması biçimindeki özelliklerin hepsini taşımasına gerek olmadığı gibi bu özelliklerden herhangi birinin mutlak bir ölçüt olarak kabul edilmesi de isabetli olmayıp anılan özelliklerden en az birini taşıması olağan dışına çıkan bir yol, olağanüstü kanun yolu olarak nitelendirilebilmelidir.²⁶ Bu bağlamda başvuru yetkisinin -yalnızca- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına

²¹ Alacakaptan, “Temyiz Mahkemesi Başsavcılığı’nın Yaptığı İtiraz Hükmün Kesinleşmesine Mani Olur Mu?”, s. 289-291.

²² Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 936-937.

²³ Faruk Erem, *Dişalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku*, Ankara: Işın Yayıncılık Ltd. Şti., 1996, s. 591-601.

²⁴ Doğan Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020, s. 622.

²⁵ Talas, *a.g.e.*, s. 163-164.

²⁶ Yenisey ve Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 979-981’de ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun -17 numaralı dipnotta metnine yer verilen- 1998/19 sayılı kararında da olağanüstü kanun yolunu tanımlanırken olağan olmayan kanun yolu olduğu belirtilmiştir.

tanınması, kesinleşmiş kararlara karşı da bu yola başvurulabilmesi ve -sanık lehine- süresiz olarak da itiraz yetkisinin kullanılabilmesi dolayısıyla itiraz yetkisinin “olağanüstü bir kanun yolu” olduğu sonucuna ulaşmak isabetli olacaktır. Kaldı ki kanun koyucu da itiraz yetkisini, olağanüstü kanun yollarına ilişkin kısımda düzenlemiş olup yaklaşık bir asırlık uygulama ve doktrindeki yaygın görüş de bu yöndedir. Son olarak ifade etmek gerekir ki olağanüstü kanun yolu, olağan dışındaki kanun yolu olarak tanımlandığında ve herhangi bir özelliği mutlak ölçüt kabul edilmediğinde; kesinleşmemiş kararlara karşı da bu yola başvurulabilme imkanı doğmaktadır. Bu sayede, bozma kararlarına karşı da itiraz yetkisine başvurulması herhangi bir sorun yaratmayacak olup ayrıca bunun faydaları doğacaktır.

III. BAŞVURU

A. BAŞVURU YETKİSİ

Kanunda, itiraz yetkisinin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına ait olduğundan söz edilmesine karşın (CMK m. 308/1); itiraz yetkisi, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı teşkilatı içerisinde yer alan Cumhuriyet savcıları tarafından da kullanılabilirdiğinden, kanunun ifadesini başsavcılık makamı olarak anlamak gerekir. Kaldı ki Yargıtay Kanunu m. 28/3'te de *daire kararına karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının karar düzeltme ve itiraz kanun yollarına başvurma yetkisi* olduğundan bahsedilmektedir.²⁷ Yine, yetkinin başsavcının şahsına verilmesinde haklı bir sebep olmadığı ve bu yetkinin başsavcılık makamına verildiğini kabul etmek gerektiği de vurgulanmıştır.²⁸ Tüm bunlarla beraber, başsavcının açık bir yetki devri olmaksızın, savcıların bu kanun yoluna başvuramayacağı; başsavcı vekillerinin ise açık bir yetki devri olmasa dahi -başsavcıya vekalet ettikleri süreçte- doğrudan itiraz yetkisini kullanabileceği ifade edilmiştir. Nihayetinde, uygulamada; ilgili savcı, görüşünü bildiren bir rapor hazırlayıp bu raporu başsavcıya iletmekte ve müzakere gerçekleştirilmektedir. Müzakere sonucunda ise başsavcı, itiraz yetkisinin kullanılması yönünde görüş bildirdiği takdirde, ilgili savcı tarafından, itirazname düzenlenmekte ve başvuru gerçekleştirilmektedir.²⁹

Doktrinde, itiraz yetkisinin *sadece Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına* tanındığı da ifade edilmiştir.³⁰

Kanunda, itiraz yetkisinin *re'sen veya istem üzerine* kullanılabilmesi belirtilmişse de istemde bulunabilecek kişiler sayılmamış olup genel olarak kanun yollarına başvurma hakkına sahip olan ilgililerin istemde bulunabileceği kabul edilmektedir.³¹ Bununla birlikte, itiraz yetkisine başvurulması, başsavcılığın hukuka ayrılık iddiasını öğrenip ikna olması esasına dayandığından; üçüncü kişilerin de -bir nevi- ihbarda bulunabileceğini kabul etmek gerekir. İtiraz yetkisine re'sen de başvurulabilmesi nedeniyle istemde bulunabilecek kişilerin tanımlanmasında pratik bir yarar bulunmamaktadır.³² Bu kapsamda, yerel mahkemeler ile bölge adliye

²⁷ Arslan, a.g.e., s. 132.

²⁸ Kunter ve Yenisey, a.g.e., s. 1196.

²⁹ Arslan, a.g.e., s. 133; Yılmaz, a.g.e., s. 122.

³⁰ Özbek vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 774.

³¹ Erdem ve Şentürk, *Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları*, s. 246.

³² Arslan, a.g.e., s. 134-135.

mahkemeleri yanında bulunan savcılıkların da resen veya ilgisinin -Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmek üzere- sunduğu istem üzerine, itiraz yetkisinin kullanılmasına yönelik istemde bulunabileceği belirtilmiştir.³³

İtiraz yetkisinin kullanılması, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının takdirine bırakıldığından ve ilgililerce istemde bulunulması, anılan takdir yetkisini harekete geçirmeye yönelik olduğundan; istemin reddedilmesi, Anayasal hakların ihlaline sebebiyet vermez.³⁴

Yargıtay ceza dairesi kararına karşı itiraz yetkisinin -sadece- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına tanınması, silahların eşitliği ilkesine aykırılık olarak değerlendirilmişse³⁵ de istisnai bir denetim mekanizmasının -kamu yararı gereğince- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından harekete geçirilmesine izin verilmesini, silahların eşitliği ilkesine aykırılık olarak yorumlamak gerekir.³⁶ Bunun yanında, silahların eşitliği ilkesi gereğince, mutlak surette, tarafların Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itiraz başvurusundan haberdar edilmesi ve taraflara görüşlerini bildirme imkanı sağlanması gerekir. Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından kullanılan itiraz yetkisinin tarafsızlık ve silahların eşitliği ilkelerini ihlal etmediğini ancak kişilerin Yargıtay önündeki başarı şansını zedeleyen her türlü mütalaadan haberdar edilme hakkına sahip olduğunu belirtmiş; özellikle incelemenin duruşmasız olarak gerçekleştirilmesi karşısında, ilgili kişinin mütalaadan haber edilerek kendi görüşünü bildirmesine olanak sağlanmasının zorunlu olduğuna dikkat çekmiştir.³⁷ Bu noktada, “İncelemede İzlenecek Usul” alt başlığı altında -detaylıca- açıklanacak olmakla birlikte; AİHM uygulamasının aksine, lehe veya aleyhe yahut Yargıtay önündeki başarı şansını etkileyip etkilemediğine bakılmaksızın kişilerin her türlü mütalaadan haber edilmesi gerektiği kabul edilmelidir.

B. BAŞVURU SÜRESİ

Kanun koyucu, itiraz yetkisinin -ilamın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına verildiği tarihten itibaren- otuz gün içerisinde kullanılabileceğini düzenlemiş ve sanık lehine yapılan başvurular bakımından, bu sürenin aranmayacağını -ayrıca- belirtmiştir (CMK m. 308/1). İtiraz, sanığın hem lehine hem de aleyhine olan hususları içeriyorsa aleyhe hususlar yönünden, yine otuz günlük süreye tabi olunacağını kabul etmek gerekir.³⁸

Kanunda, açıkça, ilamın verilmesinden bahsedilmekte olup Cumhuriyet savcısının da hazır bulunduğu duruşmalı işlerde, kararın tefhim edilmesiyle süre başlamayacaktır.³⁹ Yargıtay

³³ Ünver ve Hakeri, *a.g.e.*, s. 834.

³⁴ AYM, Yusuf Özdemir Başvurusu, B. No: 2012/162, p. 22 (erişim: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/162,06.03.2021>).

³⁵ Centel ve Zafer, *a.g.e.*, s. 938.

³⁶ Arslan, *a.g.e.*, s. 135; Talas, *a.g.e.*, s. 157.

³⁷ AİHM, Göç/Türkiye Davası, 09.11.2000, 36590/97, p. 35

³⁸ Öztürk vd., *a.g.e.*, s. 751.

³⁹ Arslan, *a.g.e.*, s. 139; Tahir Taner, *Ceza Muhakemesi Usulü*, İstanbul: Duygu Matbaası (İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 442 Hukuk Fakültesi Yayınları No.98), 1950, s. 406.

da sürenin *ilamın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına verilmesiyle başlayacağını* vurgulamıştır.⁴⁰

İtiraz yetkisi, olağanüstü bir yol olup istisnai niteliğe haiz olduğundan; başvuru süresi içerisinde, itiraz isteminin (itiraz sebeplerinden farklı olarak itiraz edilen noktaların) açıkça gösterilmesi gerekir. Dolayısıyla, uygulamada süre tutum olarak tabir edilen, itiraz isteminin somut bir şekilde ortaya koyulmadığı, genel ve soyut nitelikteki başvurular; başvuru için öngörülen sürenin işlemesine engel olmaz.⁴¹ Yargıtay da 09.05.1956 tarih 1956/6 E. ve 1956/4 K. sayılı içtihatların birleştirilmesi kararıyla “*itiraz edilen noktaların açıkça ortaya konulmadığı, belirli bir itiraz içermeyen soyut başvuruların sürenin işlemesine engel olmayacağını*” belirtmiştir.⁴² Buna karşın; incelemenin sebeple bağlı olmaksızın gerçekleştirildiği dikkate alındığında, bağlayıcı bir hukuki değer taşımayan bir unsurun ön koşul olarak değerlendirilerek süre tutum istemi şeklindeki başvuruların kabul edilmemesinde isabet görülmediği de ifade edilmiştir.⁴³

İtiraz yetkisinin sanık lehine kullanılması, süreye tabi tutulmamış olup bunun için sanıklık statüsünün devam ediyor olması gerekir.⁴⁴ Bununla birlikte, ilk derece mahkemesi kararının onanmasıyla sanıklık statüsü son bulur ve hükümlülük başlar; dolayısıyla bu halde, itiraz yetkisi lehe (hükümlü lehine) de kullanılsa otuz günlük süreye tabidir.^{45, 46, 47}

⁴⁰ “*İncelenen dosyada; Özel Daire ilamının Yargıtay C. Başsavcılığına verildiği tarih olan 16.6.2005 tarihinde başlayan itiraz süresi, 16.7.2005 tarihinde sona ermiş...*” (Yargıtay CGK, 29.11.2005, 2005/10-158 E. ve 2005/153 K.).

⁴¹ Erdem ve Şentürk, *a.g.e.*, s. 246; Erhan Günay, *Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Olağanüstü Kanun Yolları*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 277.

⁴² Karar metni için bkz. Erdem ve Şentürk, *a.g.e.*, s. 245, 887 numaralı dipnot.

⁴³ Arslan, *a.g.e.*, s. 136-137.

⁴⁴ Ünver ve Hakeri, *a.g.e.*, s. 834-835.

⁴⁵ Centel ve Zafer, *a.g.e.*, s. 939; Süheyl Donay, *Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınları, 2015, s. 447.

⁴⁶ “*Özel Daire ilamının 20.07.2006 tarihinde Yargıtay C. Başsavcılığına gönderildiği, aradan 5 aya yakın bir süre geçtikten sonra Yargıtay C. Başsavcılığınca 11.12.2006 tarihinde itiraz yasa yoluna başvurulduğu anlaşılmaktadır...*

5271 sayılı CMY'nin 'Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının İtiraz Yetkisi' başlıklı 308. maddesinde ... itiraz süresi kural olarak 30 gün olmakla beraber ayrı bir hüküm de getirilmiş ve sanık lehine itirazlarda süre aranmayacağı kurala bağlanmıştır.

Sanık kavramı, CMY'nin 2. maddesinin, 1. fıkrasının, (b) bendinde, 'Kovuşturmanın başlamasından itibaren hükümün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişi' olarak tanımlanmıştır.

Somut olayda, lehine itiraz yasa yoluna başvuru yapan kişi, 'sanık' sıfatında bir kimse değildir. Hakkındaki ceza yargılamasının beraat hükmü ile sonlanması nedeniyle sanıklık sıfatı kalkmış, Anayasa ve 466 sayılı Yasa hükümleri gereğince, haksız tutuklanma nedeniyle tazminat isteyen, 'davacı' konumu gerçekleştirmiştir. Bu nedenle, 'sanık' sıfatını taşıyanlar için geçerli bulunan 'lehe itiraz yasa yoluna başvurulduğunda süre koşulu aranmayacağı' yönündeki usul kuralının bu sıfatı taşımayan haksız tutuklama tazminatı davacısı yönünden geçerli sayılabilmesi olanaklı değildir...

Çoğunluk görüşüne katılmayan Kurul Üyelerinden M.Tatar;

... maddede yer alan 'sanık' kelimesinin salt bu kelimeyle sınırlı olarak anlaşılmasının doğru olmayacağı ... usul hukukunda 'kıyas'ın da kullanılabileceğini gözeterek ve maddedeki 'sanık' kelimesini geniş ve amaçsal bir yoruma tabi tutarak; 'ceza yargılamasının herhangi bir aşamasında ceza ya da güvenlik önlemi tehdidi altında kalmış ilgili olarak anlamak olduğu kanısına varılmaktadır...' (Yargıtay CGK, 13.03.2007, 2006/8-329 E. ve 2007/66 K.).

⁴⁷ Benzer nitelikteki BAM Cumhuriyet başsavcılığının itiraz yetkisi (CMK m. 308/A) bakımından, hüküm infaz edilmiş olsa dahi, sanık veya hükümlü lehine pratik bir sonuç doğurabilecek başvuruların süreye tabi olmaması

Doktrindeki yaygın görüş ve Yargıtay uygulamasının aksine, güncel bir sanıklık statüsü bulunmasa dahi ilgisinin lehine sonuç doğurabilecek başvuruların süreye tabi olmadığını kabul etmek gerekir. Bu kapsamda, sanığı; muhakemenin önceki aşamalarında sanık sıfatına sahip olmuş ve itiraz yetkisinin kullanılması üzerine, başlatılacak olan tali ceza davasında sanık sıfatını taşıyacak kimseyi de kapsayacak şekilde yorumlamak gerekir.⁴⁸ Zira, olağanüstü itiraz davası da ceza muhakemesi normlarına göre yürütülecek bir ceza davası olup sanığın (aleyhine ceza davası açılan kişinin) davadan soyutlanarak süjeliğini kaybetmesi düşünülemez. Bu halde, mahkûmiyet hükmünün onanmasıyla, hükümlü sıfatının kazanılacağı kabul edilmekle beraber, olağanüstü itiraz davasının açılmasıyla sanıklık sıfatı yeniden gündeme gelecektir (bu ifadeyi, safahatta geriye dönme olarak anlamamak gerekir; burada, sanık sıfatının var olduğu muhakeme evresine geri dönmekte, ilgilinin -sanığa tanınan- haklardan yararlanabilmesi için sanık deyimini geniş yorumlanmaktadır). Aksi bir kabulde; hem itiraz sebebi sayılabilecek kadar ciddi ve önemli bir aykırılığın düzeltilmesi imkanı kısıtlanarak bu kanun yolunun düzenlenmesinde amaç ihlal edilecek hem de kişisel özgürlükler lehine yorum yapılması ilkesi zedelenecektir.

C. BAŞVURU KONUSU

İtirazın konusu, ceza daireleri ile cezai nitelikteki icra ve iflas işlerine bakan hukuk dairelerinin -temyizden veya kanun yararına bozma istemi üzerine yaptıkları inceleme sonucunda verdikleri karar olarak ifade edilmiştir.⁴⁹

Kanun'da, ceza dairelerinin kararlarının bahsedilmişse de bunun fonksiyonel anlamda ele alınması ve hukuk dairelerince verilen cezai hükümleri de kapsadığının kabul edilmesi gerekir. Gerçekten bu husus; Yargıtay tarafından -10.02.1937 tarih, 1937/50 E. ve 1937/5 K. sayılı İçtihatları Birleştirme Kararıyla- hüküm altına alındığı gibi icra mahkemesince verilen cezai hükümlerin CMK'da gösterilen yasa yollarına tabi olması (İİK m. 353/2), bu tür hükümlerin Ceza Genel Kurulunca incelemesine "*ilgili daire*" üyelerinin de katılması (YK m. 7/9) ve yine itiraz yetkisinden bahsedilirken -ceza dairesi yerine- ilgili daire ifadesinin kullanılması (YK m. 28/3) ile de anlaşılmaktadır.⁵⁰

İtiraz başvurusuna konu edilen karar, Yargıtay ceza dairesince (veya cezai bir konuda ilgili hukuk dairesince) verilmiş olmalıdır. Ceza Genel Kurulunun kararlarına karşı, itiraz

gerektiği ve dolayısıyla sanık deyiminin geniş yorumlanarak hükümlülük statüsünü de kapsayacağına ilişkin görüş için bkz. M. Sıddık Çinko, "Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının İtiraz Yetkisi", *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 13 Sayı 141 (Yıl 2018), s. 100.

⁴⁸ CMK'nın 314. maddesinde de hakkındaki yargılama mahkumiyetten farklı bir hüküm ile sonlanan bir kimsenin -aleyhe olarak- yeniden yargılanması hali düzenlenirken bu kimsenin hükümden önceki sanıklık statüsünü gözletmiştir. Bu düzenleme; kanun koyucunun da bir kimsenin -CMK sistematığı içerisinde- sanık olarak anılması ve sanığa tanınan haklardan faydalanabilmesi için güncel bir sanıklık statüsünü esas almadığını, sanık kavramını geniş yorumladığını göstermektedir.

⁴⁹ Kunter ve Yenisey, *a.g.e.*, s. 1197.

⁵⁰ Karar metni için de bkz. Arslan, *a.g.e.*, s.123-124, 80 numaralı dipnot.

yetkisinin kullanılması mümkün olmadığı^{51 52} gibi temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen (veya verildiği anda kesin olan) ilk derece ve istinaf mahkemesi kararlarına karşı da bu yetkinin kullanılması söz konusu olamaz.⁵³ Ayrıca, Yargıtay ceza dairesinin esas mahkeme olarak verdiği karara karşı da itiraz yetkisi kullanılamaz; zira, bu tür bir karar, olağan bir başvuruyla Ceza Genel Kurulunun önüne getirilebilecektir.⁵⁴ Bunların yanında; ceza dairesince verilen kanun yararına bozma kararlarına karşı, itiraz yetkisine başvurulmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir.⁵⁵

Ceza dairesinin görevsizlik kararına karşı, itiraz yetkisine başvurulması mümkün değildir.⁵⁶ Dairenin görevsizlik kararı, esasen iş bölümü ilişkisine dayanmakta olup bu husustaki uyumsuzluklar, Birinci Başkanlar Kurulu tarafından çözülecektir; aksi bir yaklaşım, CMK ve Yargıtay Kanunu'nun amacıyla örtüşmez.^{57, 58}

İtiraza konu edilen ceza dairesi kararı, sanık lehine veya aleyhine olabilir; zira, itiraz sebeplerinin de sanığın hem lehine hem aleyhine olabileceği kabul edilmiştir.⁵⁹ Buna karşın; doğrudan suç isnadıyla açılmamış olmakla beraber (sanığın taraf olmadığı veya başka deyişle sanığın yargılanmasını konu edinmemekle beraber) ceza mahkemelerinde görülen davalara (örneğin; malen sorumlunun el konulan eşyanın iadesi istemi) ilişkin kararlara karşı, itiraz yetkisine başvurulamayacağı ifade edilmiştir.⁶⁰ Bu görüşe katılmak mümkün görünmemektedir. Zira, kanun koyucu, CMK m. 308/1'de, *Yargıtay ceza dairelerinden birinin kararına karşı* itiraz yetkisine başvurulabileceğini düzenlemiş ancak ceza dairelerinin hangi kararlarına karşı itiraz edilebileceğine dair herhangi bir sınırlandırma öngörmemiştir. Olağanüstü itiraz yetkisinin içtihat birliğini sağlama ve er ya da geç hukuk dünyasındaki bir aykırılığı ortadan kaldırma amaçları da gözetildiğinde; kanunda öngörülmemeyen bir şekilde, başvuru konusu yönünden bir sınırlandırmanın kabul edilmesi isabetli değildir. Bununla birlikte, yalnız sanık (ve hükümlü) lehine yapılan başvurularda süre aranmayacağı, açıkça ve istisna olarak düzenlendiğinden; suç şüphesi altında bulunmamış ilgililer hakkında yapılacak başvuruların -lehe olup olmadığına bakılmaksızın- otuz günlük süreye tabi olduğunu kabul etmek gerekir.

Doktrinde, ceza dairesinin ara kararlarına karşı, itiraz yetkisine başvurulamayacağı ifade edilmiştir.⁶¹ Benzer şekilde, Yargıtay da ceza dairesinin -bozma kararıyla birlikte- verdiği tutukluluğun devamına ilişkin kararlara karşı, olağan itiraz kanun yoluna başvurulabileceğinden,

⁵¹ Özbek vd., *a.g.e.*, s. 773.

⁵² "Yargıtay Ceza Genel Kurulunun kararına karşı 5271 sayılı CMK'nun 308. maddesi uyarınca itiraz kanun yoluna başvurulamayacağından..." (Yargıtay CGK, 19.01.2016, 2015/911 E. ve 2016/1 K.).

⁵³ Şahin ve Göktürk, *a.g.e.*, s. 307.

⁵⁴ Kunter ve Yenisey, *a.g.e.*, s. 1197.

⁵⁵ Erdem ve Şentürk, *a.g.e.*, s. 243; Arslan, *a.g.e.*, s. 125.

⁵⁶ Şahin ve Göktürk, *a.g.e.*, s. 312; Centel ve Zafer, *a.g.e.*, s. 938.

⁵⁷ Erdem ve Şentürk, *a.g.e.*, s. 243.

⁵⁸ "...Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının; Özel Dairece verilen görevsizlik kararına karşı 5271 sayılı Yasa'nın 308. maddesindeki yetkiye dayanarak 'olağanüstü itiraz yasa yolu'na başvurma yetkisi bulunmamaktadır..." (Yargıtay CGK, 20.02.2007, 2007/1-38 E. ve 2007/44 K.).

⁵⁹ Toroslu ve Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 378.

⁶⁰ Arslan, *a.g.e.*, s. 125.

⁶¹ Arslan, *a.g.e.*, s. 125.

olağanüstü itiraz yetkisinin kullanılamayacağını kabul etmektedir.⁶² Gerçekten de kanun koyucu, itiraz yetkisine başvuru süresinin *ilamın verilmesiyle* başlayacağını düzenleyerek yalnızca uyumsuzluğu sonlandıran türden bir karara (ilama) karşı itiraz edilebileceğine; başka ifadeyle ara kararlara karşı itiraz edilmesinin mümkün olmadığına işaret etmiştir.

Olağanüstü itirazın konusuna ilişkin en derin tartışma ise bozma kararlarına karşı, itiraz yetkisine başvurulmasının mümkün olup olmadığı noktasındadır.

Bir görüşe göre, itiraz yetkisinin tanınmasındaki amaç, uygulama birliği ve somut olay adaletinin sağlanması olup ayrıca, kanunda aksine bir hüküm bulunmadığından, bozma kararına karşı da itiraz yetkisine başvurulabileceği kabul edilmelidir.⁶³ Kaldı ki direnme üzerine de uyumsuzluğun Ceza Genel Kurulu önüne gelebileceğine ilişkin savunmalar, Ceza Genel Kurulu tarafından yapılacak incelemenin geciktirilmesi için yeterli gerekçeleri barındırmamaktadır.⁶⁴ Yargıtay uygulaması da *-kanun koyucunun başvuruya konu olabilecek kararları sınırlandırdığı ve bu yetkiyle ulaşılmak istenen hedefin hukuka aykırılıkların düzeltilmesi olduğundan bahisle-* bozma kararlarına karşı, itiraz yetkisine başvurulabileceği yönündedir.⁶⁵ Yine, Anayasa Mahkemesi; bozma kararına karşı, itiraz yetkisine başvurulabildiğini kabul etmekte ve bu halde, onama kararına karşı başvuru itirazdan farklı olarak, suç isnadı altında bulunan kişi sıfatının devam ettiğini vurgulamaktadır.⁶⁶

Bir diğer görüş ise -uygulamanın aksine ve doktrinde çoğunlukla kabul edildiği üzere- bozma kararına karşı, itiraz yetkisine başvurulamaması gerektiği yönündedir.⁶⁷ Kanun koyucu “ceza dairesi kararları” hakkında, itiraz yetkisine başvurulabileceğini ifade etmişse de bunun “onanarak kesinleşen ceza dairesi kararları” şeklinde yorumlanması gerekir. Olağan ve olağanüstü kanun yolu ayırımında, başvuruya konu olan kararın kesinleşmiş olup olmadığı esas alındığında; olağanüstü bir kanun yolu olarak nitelendirilen itiraz yetkisine -ancak ve ancak- kesinleşmiş kararlara karşı başvurulabileceğinden, kesin niteliğe haiz olmayan bozma kararlarına

⁶² “... Özel Dairenin tutukluluğun devamına ilişkin kararlarına karşı, ancak 5271 sayılı CYY'nın 104/2 ve 267. maddeleri uyarınca sanık veya müdafî tarafından olağan bir yasa yolu olan itiraz yoluna başvurulması olanaklı olup ... anılan karara karşı 5271 sayılı CYY'nın 308. maddesi uyarınca olağanüstü itiraz yasa yoluna başvurulamayacağından...” (Yargıtay CGK, 29.03.2011, 2011/3-49 E. ve 2011/28 K.).

⁶³ Ünver ve Hakeri, *a.g.e.*, s. 835; Talas, *a.g.e.*, s. 167; Yılmaz, *a.g.e.*, s. 122 (Yazar bozma halinde karar kesinleşmemiş olsa da bu yola yine ancak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının tek yanlı iradesiyle başvurulabildiğinden, olağanüstülüğüne halel gelmeksizin bozmaya karşı da gidilebileceğini ifade etmiştir).

⁶⁴ Talas, *a.g.e.*, s. 167.

⁶⁵ “Yargıtay Başsavcısının itirazı yasa yolunun; Başsavcının hukuka aykırı gördüğü Özel Daire kararlarının Ceza Genel Kurulu tarafından giderilmesini istemek ve bu yolla içtihat birliğini sağlamak işlevini gördüğü, ayrıca kamuoyunun tatminine yönelik bir yönünün de bulunduğu, belirtilen yararların sadece kesinleşen kararlar için kabul edilip, bozma kararları için kabul edilmemesinin isabetli olmadığı, nitekim geçmiş yıllarda Özel Dairelerce bozulmuş olan çok sayıda dosyanın bu yolla Ceza Genel Kuruluna getirildiği ve kararlardaki hukuka aykırılıkların giderildiği...”

... 5271 sayılı CYY'nın 308. maddesindeki yetkiyi, yorum yoluyla daraltmaya olanak bulunmadığından Yargıtay Özel Dairelerinin bozma kararlarına karşı da Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından itiraz yoluna gidilebileceği ... kabul edilmekle...” (Yargıtay CGK, 10.04.2007, 2007/3-63 E. ve 87 K.; benzer Yargıtay CGK, 29.03.2011, 2011/3-49 E. ve 2011/28 K.).

⁶⁶ AYM, Hacı Karabulut Başvurusu, B. No: 2017/14871, p. 23-24, erişim: <https://kararlarbilgibankasi.ana-yasa.gov.tr/BB/2017/14871>, 06.03.2021.

⁶⁷ Kunter ve Yenisey, *a.g.e.*, s. 1197.

başvurulamayacaktır. Kaldı ki bozma sonrasında, direnme üzerine; uyuşmazlık, Ceza Genel Kurulunun önüne geleceğinden; içtihat birliği ve somut olaydaki hukuka aykırılıkların giderilmesi -yine- sağlanabilecektir.⁶⁸ Aksi bir yaklaşım, Ceza Genel Kurulunca, ceza dairesi ile esas mahkeme arasındaki uyuşmazlıkların çözülmesi değil, ceza dairesi ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı arasında arabuluculuk yapılması sonucunu doğuracaktır.⁶⁹ Bunlara ek olarak bozma kararına karşı da itiraz yetkisine başvurulabileceğinin kabul edilmesi, Ceza Genel Kurulunun iş yükünü artıracaktır.⁷⁰

Başkaca bir grup yazar ise usul ekonomisi ve içtihat birliğinin sağlanması ile hukuka aykırılıkların denetlenmesi bakımından, bozma kararlarına karşı da itiraz yetkisine başvurulabilmesinde fayda olduğunu belirtmekle beraber; kanuni düzenleme dikkate alındığında, bunun mümkün olmadığını savunmakta ve kanunun değiştirilmesiyle mevcut uygulamaya hukuki dayanak kazandırılması gerektiğini ifade etmektedir. Yazarlar, mevcut kanuni düzenlemelerin -bozma kararlarına karşı da itiraz yetkisine başvurulmasına- imkan tanımadığı görüşünü; itiraz yetkisinin olağanüstü kanun yolları arasında düzenlenmesi ve olağanüstü nitelikteki kanun yollarına ancak kesinleşmiş kararlara karşı başvurulabilmesine dayandırmaktadır.^{71, 72}

Sonuç olarak bozma kararlarına karşı da itiraz yetkisine başvurulabileceğini kabul etmek isabetli olacaktır. Zira, yukarıda da açıklandığı gibi olağanüstü kanun yolunun tespitinde -kesinleşmenin değil- olağan bir kanun yolu olmamanın (olağan kanun yollarına ilişkin temel ve ortak özellikleri tam anlamıyla taşımamanın) esas alınmasıyla *itiraz yetkisinin kesinleşmemiş kararlara karşı da başvurulabilen bir olağanüstü kanun yolu* olduğunu kabul etmek gerekir. Bu halde, içtihat birliği ve hukuka aykırılıkların düzeltilmesi sağlanabilecektir. Her ne kadar bozma sonrasında, direnme kararı verilmesiyle uyuşmazlığın Ceza Genel Kuruluna getirilebileceği ifade edilmişse de direnme kararının beklenmesiyle usul ekonomisi ve makul sürede yargılama ilkelerinin ihlali doğabilecektir. Kaldı ki bozma sonrasında, direnme kararı verilmesi yalnızca bir ihtimal olup aksi bir ihtimalde (bozmaya uyulması halinde), daire kararındaki hukuka aykırılık iddiasının -Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından- incelenmesi gecikebilir veya bunun için hiç imkan doğmayabilir. Yine, bu kabulde, Ceza Genel Kurulunun esas mahkeme iradesinin önüne geçerek onun bağımsızlığını ihlal ettiği düşünülemez; zira, esas mahkemenin serbestçe takdir ettiği ve vicdani kanaatini yansıtan bir hüküm ve hükmün gerekçesi (kısaca esas mahkemenin görüşü) mevcuttur. Son olarak ifade etmek gerekir ki bozma kararına karşı da bu yetkiye başvurulabileceğinin kabul edilmesiyle Ceza Genel Kurulunun iş yükünün artacağına ilişkin eleştiriler gerçekte uyumlu değildir.⁷³

⁶⁸ Özen, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, s. 925-926; Donay, *Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku*, s. 446; Hakan Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Savaş Yayınevi, 2016, s. 649.

⁶⁹ Şahin ve Göktürk, a.g.e., s. 311-312; Erdem ve Şentürk, a.g.e., s. 244; Salih Kocalar ve Yunus Biçen, *Kanun Yolları*, Ankara: Bilge Yayınevi, 2021, s. 290.

⁷⁰ Öztürk vd., a.g.e., s. 751.

⁷¹ Ayrıca, mevcut uygulama ile Ceza Genel Kurulunun olağan süreç devam ederken esas mahkeme iradesinin önüne geçtiği ve bu durumda, mahkeme bağımsızlığının ihlal edildiği yönünde de bir eleştiri ileri sürülmüştür. bkz. Arslan, a.g.e., s. 127-128.

⁷² Centel ve Zafer, a.g.e., s. 937-938; Arslan, a.g.e., s. 127-128.

⁷³ Anılan hususa ilişkin istatistikler için bkz. 9 numaralı dipnot.

D. BAŞVURU NEDENLERİ

İtiraz yetkisine başvurulmasına ilişkin olarak özel nedenler öngörülmemiş olup başvurunun -genel anlamda- kararın hukuka aykırı olması nedenine dayandığı kabul edilmelidir.⁷⁴ Genel anlamda hukuka aykırılık, bir maddi hukuk veya muhakeme hukuku normunun uygulanmaması yahut yanlış uygulanmasıdır.^{75, 76} Ayrıca, maddi soruna (sübut sorununa) ilişkin aykırılıkların da itiraz sebebi yapılabileceği kabul edilmektedir.⁷⁷ Yargıtay uygulamasının da bu yönde olduğunu belirtmek gerekir.⁷⁸

Doktrindeki yaygın görüş ve Yargıtay uygulaması, itiraz yetkisinin istisnai bir yol olması dolayısıyla sonuca etki etmeyen ve eleştiri niteliğindeki aykırılıkların itiraz sebebi sayılmayacağı yönündedir.^{79, 80} Bununla birlikte, temyiz isteminde ileri sürülen iddiaların cevapsız bırakılması halinde, bu durumun itiraz için geçerli bir sebep olduğu kabul edilmelidir.⁸¹ Ayrıca, itiraz sebeplerinin sonuca etki etmeyeceğinden bahisle itirazın -ön incelemede- usulden reddilmesinde isabet olmadığı; itirazın esastan incelenmesi gerektiği ve bu incelemeden sonra, uygun bulunmayan itiraz nedenlerinin reddedilmesi gerektiği de savunulmuştur.⁸²

Sanık aleyhine temyiz kanun yoluna başvurulmadığı hallerde, itiraz yetkisine de sanık aleyhine sonuç doğuracak sebeplerle başvurulamamalıdır; aksi halde, aleyhe bozma yasağı dolanılmış olur.⁸³

Doktrinde, itiraz yetkisine -yalnızca- sanık lehine olarak başvurulabilmesi gerektiği de ifade edilmiştir.⁸⁴ Bu görüşün itiraz yetkisinin amacıyla örtüşmediğini belirtmek gerekir. Zira, itiraz yetkisi, öncelikli olarak sanık aleyhine doğan sonuçların ortadan kaldırılması için değil; hukuk dünyasındaki aykırılığın giderilmesi amacına dayanır. Elbette ki itiraz yetkisinin

⁷⁴ Kunter ve Yenisey, *a.g.e.*, s. 1197-1198.

⁷⁵ Öztürk vd., *a.g.e.*, s. 749; Özbek vd., *a.g.e.*, s. 774.

⁷⁶ Madde gerekçesinde de itirazın “*daire kararında gerek maddi ve gerek usul hukukuna aykırı olduğu saptanan hususlara yönelik*” olabileceğine yer verilmiştir. Bkz. Cumhuriyet Şahin, *Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005, s. 905.

⁷⁷ Arslan, *a.g.e.*, s. 130; aksi görüş için bkz. Erdem ve Şentürk, *a.g.e.*, s. 244-245; Özen, *a.g.e.*, s. 927.

⁷⁸ Bkz. 124 numaralı dipnot.

⁷⁹ Öztürk vd., *a.g.e.*, s. 749; Özbek vd., *a.g.e.*, s. 774.

⁸⁰ “... *Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca itiraz kanun yoluna başvurulabilmesi için hukuka aykırılık halinin ciddi boyutlara ulaşması gerektiği, sonuca etkili olmayan kanuna aykırılıkların bu yöntemle denetlenmesinin, itirazın amaç ve kapsamıyla bağdaşmayacağı söylenebilecektir.*” (Yargıtay CGK, 24.05.2016, 2014/593 E. ve 2016/269 K.).

⁸¹ Yenisey ve Nuhoglu, *a.g.e.*, s. 982; anılan durumlarda, karar düzeltme yoluna başvurulabileceğinden bahisle ileri sürülen aksi görüş için bkz. Kunter ve Yenisey, *a.g.e.*, s. 1197-1198. CMK’da karar düzeltme kurumuna -ayrıca- yer verilmemiş ve bu kurum, itiraz yetkisi kapsamında düzenlenmiş olup ceza dairesinin karar verdikten sonra, cevapsız kalan iddiaları cevaplayarak kararı genişletme imkanı bulunmadığı ile tüm iddia ve taleplerin gerekeçli olarak karşılanmasının adil yargılama gereği olduğu dikkate alındığında; anılan halin de itiraz sebebi sayılabileceğini kabul etmek isabetli olacaktır.

⁸² Talas, *a.g.e.*, s. 171-172.

⁸³ Şahin ve Göktürk, *a.g.e.*, s. 307, 475 numaralı dipnot; Erdem ve Şentürk, *a.g.e.*, s. 246; Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 625.

⁸⁴ Öztekin Tosun, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Muhakemenin Yürüyüşü*, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti. (İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 1815 Hukuk Fakültesi Yayınları No.405), 1973, s. 236; Kunter ve Yenisey, *a.g.e.*, s. 1197 (Yazarlar, önceki basımlarda savundukları aksi görüşü değiştirerek anılan sonuca ulaştıklarını belirtmiştir); aksi görüş için bkz. Özen, *a.g.e.*, s. 934.

kullanılması, aleyhe bozma yasağının dolanılmasına imkan yaratmamalıdır; ancak bu sınır aşılmadıkça *-sanığın lehine veya aleyhine olup olmadığına bakılmaksızın-* hukuka aykırılıkların düzeltilmesine imkan tanındığı kabul edilmelidir. Kaldı ki kanun koyucu da başvuruyu otuz günlük süreye bağladıktan sonra, sanık lehine olan başvuruların süreye tabi olmadığını belirterek sanık aleyhine de itiraz yetkisine başvurulabileceğini kabul etmiştir.

Ceza dairesi, tebliğnameye uygun olarak karar vermişse itiraz yetkisine başvurma imkanının ortadan kalkacağı ifade edilmiştir.⁸⁵ Buna ek olarak tebliğname ile bozma isteminde bulunan ve ceza dairesince bozma kararı verilen ancak istem ile karar gerekçelerinin uyuşmadığı hallerde, itiraz yetkisine başvurulabileceği de ileri sürülmüştür.⁸⁶ Buna karşın, kararın tebliğname ile uyumlu olup olmadığına bakılmaksızın ve hatta -daha önce- tebliğnamede gösterilmemiş nedenlerle dahi itiraz yetkisine başvurulabileceğini;⁸⁷ ayrıca, bu yetkinin farklı gerekçelerle birçok kez kullanılmasında da bir sakınca olmadığını kabul etmek gerekir.⁸⁸ Gerçekten de bu yetkinin hukuka aykırılıkların düzeltilmesi amacıyla tanındığı dikkate alındığında, yasal süre aşılmadıkça hukuka aykırılığın ne zaman fark edildiği ve ileri sürüldüğünün bir önemi olmadığını kabul etmek yerinde olacaktır.

İtiraz yetkisine başvurulması sırasında, istemin (nokta veya itiraz edilen hususlar olarak da anılmaktadır) açıkça ortaya konulması; davasız yargılama olmaz ilkesinin doğal bir sonucudur. Bu kapsamda, başvurunun -en azından- kişi ve fiil yönünden sınırlandırılması gerekir. Yine, doktrin ve uygulamadaki genel kabul, itiraz nedenlerinin (sebepler, gerekçe veya aykırılık iddiasının hukuki ve fiili dayanakları olarak da ifade edilen nedenlerin) de başvuruda açıkça gösterilmesi gerektiği yönündedir.^{89 90} Buna karşın; inceleme bakımından, bağlayıcı bir hukuki değere sahip olmayan itiraz sebeplerinin başvuruda gösterilmesinin ön şart olarak kabul edilmesi eleştirilmiştir.⁹¹ Nihayetinde, incelemenin kapsamına dair tartışmalar -ilerleyen bölümlerde- ele alınmış olmakla beraber; bu aşamada, itiraz yetkisinin olağanüstü ve istisnai niteliği göz önüne alındığında, belirli bir ciddiyette ve somutlaştırılmış iddialarla itiraz yetkisine başvurulabilmesinin sağlanabilmesi (başka deyişle keyfiyeten başvurulmasının önlenmesi) adına, itiraz sebeplerinin -başvuruda- gösterilmesi gerektiğine ilişkin yaklaşımın isabetli görüldüğü söylenebilir.

⁸⁵ Kunter ve Yenisey, *a.g.e.*, s. 1197-1198; Özen, *a.g.e.*, s. 928; Kocalar ve Biçen, *Kanun Yolları*, 2021, s. 291.

⁸⁶ Özen, *a.g.e.*, s. 931.

⁸⁷ Erdem ve Şentürk, *a.g.e.*, s. 250; Arslan, *a.g.e.*, s. 126; Soyaslan, *a.g.e.*, s. 624; Yılmaz, *a.g.e.*, s. 124.

⁸⁸ Ramazan Keklik "Ceza Yargılamasına İlişkin Temyiz Yasa Yolunda Yargıtay Kararı Üzerine Yapılacak İşlemlerin Kronolojik İncelemesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı 6 (Yıl 2015), s. 191; Yılmaz, *a.g.e.*, s. 123.

⁸⁹ Şahin ve Göktürk, *a.g.e.*, s. 308; Öztürk vd., *a.g.e.*, s. 751; Kunter ve Yenisey, *a.g.e.*, s. 1198; Toroslu ve Feyzi-oğlu, *a.g.e.*, s. 378; itirazın lehe mi aleyhe mi olduğunun tespiti bakımından, itiraz nedenlerinin gösterilmesi gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Günay, *Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Olağanüstü Kanun Yolları*, s. 282.

⁹⁰ Madde gerekçesinde de "itiraz nedenlerinin açık ve gerekçeleriyle yazılı olarak bildirilmesi gerektiği" belirtilmiştir. bkz. Şahin, *Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi*, s. 905.

⁹¹ Arslan, *a.g.e.*, s. 137.

E. BAŞVURU USULÜ

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itiraz yetkisine başvurulması, dava dilekçesi niteliğindeki *itiraznamenin* ilgili mercie sunulmasıyla gerçekleşir.⁹²

Başvuru, kararına itiraz edilen ceza dairesine yapılıdır (CMK m. 308/2). Ceza dairesi, itirazı mümkün olan en kısa sürede inceler ve yerinde görürse kararını düzeltir, yerinde görmez ise dosyayı Ceza Genel Kuruluna gönderir (CMK m.308/2).^{93, 94} Birden çok nedenle itiraz yetkisine başvurulmuş ise ceza dairesi, yerinde gördüğü sebeplerle kararını düzeltebilir; bunun yanında, yerinde görülmeyen sebepler yönünden, dosyanın Ceza Genel Kuruluna gönderilmesi gerekir. Ceza dairesi, itiraz üzerine, kararını düzeltirse Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının yeniden itiraz yetkisine başvurması mümkün değildir.⁹⁵ Düzeltme kararına rağmen, tüm itiraz sebeplerinin karşılanmamış olabileceği düşünüldüğünde; doğrudan Ceza Genel Kuruluna başvurma imkanının bulunmaması, kanun yolu merciiine erişimi engellediğinden eleştirilmiştir.⁹⁶

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının -sanık lehine- yaptığı itiraz başvurusunu, sanığın rızası olmaksızın, geri alıp alamayacağı hususunda, fikir birliği bulunmamaktadır. Bir grup yazar, CMK m. 266/1'de düzenlenen hükmün genel nitelikte olduğu ve tüm kanun yolları bakımından uygulanabileceğinden bahisle, sanık lehine olan başvuruların -sanığın rızası olmaksızın- geri alınmayacağını savunmaktadır.⁹⁷ Diğer bir grup yazar ise genel nitelikteki hükmün *kural olarak kanun yoluna başvurma hakkına sahip olan sanığın, kendi lehine, C. savcısı tarafından yapılan başvuruya güvenerek ayrıca bir başvuru yapmamış olabileceği ve bu halde, başvuruya sağlanan faydanın korunması gerektiği* düşüncesine dayandığı; ancak, itiraz yetkisinin -yalnızca- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına tanındığı ve bu yetkinin kullanılması veya kullanılmaması konusunda tam bir takdir hakkını kapsadığından bahisle, sanığın başvurma hakkı olmayan bir kanun yolu başvurusundan vazgeçilirken de rızasının alınmasına gerek olmadığı görüşünü ileri sürmüştür.⁹⁸ Yargıtay uygulaması da itiraz başvurusunun -sanığın rızası alınmaksızın- geri alınabileceği yönündedir.⁹⁹

Yargıtay uygulamasının aksine, birinci grup yazarların görüşünde isabet olduğunu kabul etmek gerekir. Bununla beraber, yazarların -genel nitelikteki CMK m. 266/1 hükmünün uygulanabileceğine ilişkin- gerekçesine katılmak zordur. Zira, itiraz yetkisi, olağanüstü ve istisnai bir nitelik taşımakta olup açıkça izin verilmediği takdirde, genel nitelikteki hükümlerin

⁹² Kunter ve Yenisey, *a.g.e.*, s. 1198; Toroslu ve Feyzioğlu, *a.g.e.*, s. 378.

⁹³ Ceza dairesi, itirazı yerinde görmeyip Ceza Genel Kuruluna gönderdiği takdirde; bu hususta, ayrıca bir karar vermesine gerek yoktur. Bkz. Erdem ve Şentürk, *a.g.e.*, s. 251.

⁹⁴ İnceleme için açık bir süre belirtilmemiş olması, adil yargılama ve hukuk devleti ilkelerine aykırılık olarak değerlendirilmiştir. Bkz. Ünver ve Hakeri, *a.g.e.*, s. 836.

⁹⁵ Erdem ve Şentürk, *a.g.e.*, s. 251.

⁹⁶ Gökçen vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 711; Öztürk vd., *a.g.e.*, s. 752.

⁹⁷ Centel ve Zafer, *a.g.e.*, s. 940; Öztürk vd., *a.g.e.*, s. 749; Talas, *a.g.e.*, s. 165.

⁹⁸ Yenisey ve Nuhoğlu, *a.g.e.*, s. 982; Erdem ve Şentürk, *a.g.e.*, s. 247; özellikle itiraz karara bağlanmadan önce, benzer nitelikteki sorunlara çözüm getiren başkaca bir karar verilmiş olması halinde, sanık lehine yapılan itirazın geri alınabileceği görüşü için bkz. Şahin ve Göktürk, *a.g.e.*, s. 308-309.

⁹⁹ "... Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının kanunen tek başına kullanmaya yetkili kıldığı bu olağanüstü kanun yolundan vazgeçmesi noktasında ister aleyhe, isterse lehe itiraz olsun herhangi bir tarafın onayına gerek olmaksızın vazgeçebileceğinin kabulü gerekmektedir..." (Yargıtay CGK, 01.10.2013, 2013/7-314 E. ve 2013/394 K.).

uygulanabilirliği kabul edilemez.¹⁰⁰ Şu gerekçe daha yerinde olacaktır: İtiraz yetkisiyle sağlanan denetim yolunda, deyim yerindeyse sanığın özneliği göz ardı edilmekte ve sanık ceza muhakkemesinin nesnesi haline getirilmektedir. Savunma haklarının oldukça sınırlandırıldığı bu yolda, sanığa -en azından- kendisi lehine ileri sürülen hukuki görüşün değerlendirilmesini isteme ve rızası olmaksızın -kendisi lehine yapılan başvurudan- vazgeçilebilmesini engelleme imkanı tanınmalıdır. Bu noktada, kanun koyucunun genel nitelikteki hükmü düzenlerken sahip olduğu iradeye dayanılarak sanık aleyhine bir uygulama geliştirilmesi de kabul edilemez; kanunlar yürürlüğe girdikten sonra objektif bir değere haiz olduğundan, kanun koyucunun iradesine mutlak bir sonuç bağlanamaz. Açıklanan sebeple sanık lehine başvuru olan olağanüstü itirazdan, sanığın rızası bulunmaksızın vazgeçilemeyeceğine ilişkin kanuni bir düzenleme yapılmasında fayda olacaktır. Ayrıca, kanun yolu denetimlerinin nihai amacı, hukuka aykırılık teşkil eden mahkeme kararlarının düzeltilmesi olup bu kapsamda, bir mahkeme kararının hukuka aykırı olduğuna yönelik bir iddia varsa bu iddianın incelenerek karara bağlanmasındaki fayda ihmal edilmemelidir. Son olarak ifade etmek gerekir ki hukuk devleti ilkesinin temel unsuru “*keyfiliğin önüne geçilmesidir*”. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, itiraz sürecini başlatırken -hukuk sınırları içerisinde- tam bir takdir yetkisine sahip olsa da bu sürecin -sanığın aleyhine sonuç doğuracak şekilde- sonlandırılmasında, sanığın rızasının alınması -belirli bir ölçüde- denetim mekanizması oluşturacak ve bu surette, keyfiliğin önüne geçilebilecektir.

F. BAŞVURUNUN ETKİLERİ

Ceza dairesi, itirazı yerinde görmediği takdirde, başvuruyu -zorunlu olarak- Ceza Genel Kuruluna göndereceğinden; aktarma etkisinin varlığı kabul edilmelidir.¹⁰¹

İtiraz yetkisine başvurulmasının hükmün infazına etkisi ise doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre; itiraz yetkisine başvurulması halinde, karar kesinleşmiş olup hükmün kesinleşmesiyle infazın başlayacağı ve infazın hangi şartlarda ertelenebileceği de -kanunda- düzenlenmiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın itiraz yetkisine başvurulması, infazın ertelenmesi sebeplerinden olmayıp bu halde, hükmün infazına engel olmaz.¹⁰² Buna karşın, merciin infazın durdurulmasına karar verebileceği ifade edilmişse de¹⁰³ kesinleşen bir hükmün infazı -kanunda açıkça izin verilmedikçe- bir mahkeme tarafından dahi ertelenemez.¹⁰⁴

Diğer bir görüş ise itiraz yetkisine başvurulabilmesi için öngörülen otuz günlük süre boyunca, infazın -mahkeme kararına dahi ihtiyaç duyulmaksızın- erteleneceği yönündedir.¹⁰⁵

¹⁰⁰ İstisnai nitelikteki itiraz yetkisinin geniş yorumlanmaması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Nurullah Kunter, “Olağanüstü İtirazda Yargılama ile İlgili Sorunlar”, *Yargıtay Dergisi*, Cilt 9 Sayı 4 (Yıl 1983), s. 591.

¹⁰¹ Özbek vd., *a.g.e.*, s. 775.

¹⁰² Şahin ve Göktürk, *a.g.e.*, s. 309; Centel ve Zafer, *a.g.e.*, s. 939; Özbek vd., *a.g.e.*, s. 775; Erdem ve Şentürk, *a.g.e.*, s. 253; Arslan, *a.g.e.*, s. 143.

¹⁰³ Erdem ve Şentürk, *a.g.e.*, s. 253.

¹⁰⁴ Arslan, *a.g.e.*, s. 143.

¹⁰⁵ Timur Demirbaş, *İnfaz Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 522; Kocalar ve Biçen, *Kanun Yolları*, 2021, s. 293; Günay, *a.g.e.*, s. 285; ayrıca, otuz günlük süre boyunca, kararın kesinleşmiş olduğu ancak sırf bu sürenin tanınmasıyla infazın durdurulmasına imkan tanındığı görüşü için bkz. Yenisey ve Nuhoglu, *a.g.e.*, s. 983.

İnfaz, hükmün kesinleşmesiyle başladığından ve hüküm, itiraz başvurusuna konu olan -ceza dairesince, temyizden incelenerek verilen- onama kararıyla kesinleşeceğinden; itiraz yetkisine başvurulmasının infaza etki etmesi düşünülemez.¹⁰⁶ Zira, kesinleşmiş bir mahkeme hükmünün infazı ancak kanuni şartlar dahilinde ertelenebilir. İnfazın ertelenebileceği hallerde açıkça gösterilmiş olup itiraz yetkisine başvurulması veya bu başvuru üzerine, merciince infazın ertelenmesine karar verilmesi; bu hallerden değildir.¹⁰⁷

Nihayetinde, ifade etmek gerekiyor ki hükmün infazına başlanabilmesi için Yargıtay ilamının esas mahkemeye gönderilmesi ve kesinleşme şerhinin düzenlenmesi gerekmektedir. Uygulamada, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına tanınan otuz günlük süre içerisinde, anılan usul işletilemediğinden, infaz -fiilen- başlamamakta; başvurunun infaza etkisi ise teorik bir tartışmadan ibaret kalmaktadır.¹⁰⁸

Uygulamada, otuz günlük süre boyunca, infazın başlamadığı görülseyse de hem itiraz yetkisine -sanık lehine olarak- otuz günlük süre sonrasında da başvurulabiliyor olması hem -UYAP kullanım alanının sürekli genişlemesine bağlı olarak- ilerleyen dönemde otuz günlük süre beklenmeksizin temyiz ilamının derhal ve elektronik yolla esas mahkemesine gönderilmesi ihtimalinin varlığı hem de halihazırdaki uygulamanın dayandırılacağı yasal bir zemin yaratma amacı gözetildiğinde; itiraz yetkisine başvurulması halinin -başvurunun mahiyetine göre- infazı erteleyen veya durduran bir sebep olarak düzenlenmesi, önemli ve zorunlu bir ihtiyaçtır.¹⁰⁹ İnfazın ertelenmesi veya durdurulmasına ilişkin kararın verilmesi kapsamında, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na yetki tanınması isabetli olacaktır. Zira, ceza dairesinin -halihazırda- itiraz yetkisine başvurulması üzerine, kendi kararını düzeltme yetkisi bulunduğu gözetildiğinde; kendi kararını düzeltmeyen dairenin infazı durdurması da beklenemeyeceğinden, erteleme veya durdurmaya ilişkin yetkinin daireye tanınması önerilen düzenlemeyi işlevsiz kılacaktır.

IV. İNCELEME USULÜ VE KARAR

A. İNCELEME MERCİ

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itiraz başvurusunu yerinde görmeyen ceza dairesi, itirazın incelemesi için dosyayı, Ceza Genel Kuruluna gönderir. Ceza Genel Kurulu, kararına itiraz edilen dairenin de katılımıyla teşekkül eder. Kararına itiraz edilen daireye mensup

¹⁰⁶ Mahkûmiyet hükümlerinin kesinleşmedikçe infaz olunamayacağı düzenlenmiştir (CGTİHK m. 4). Ayrıca, temyiz inceleme merci kararının -bu merciin- onama kararı verdiği anda kesinleştiğine ilişkin görüş için bkz. Özen, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, s. 924.

¹⁰⁷ CGTİHK'nın 16. ve 17. maddelerinde; sağlık, eğitim, ticaret, aile hayatı ve sosyal hayat gibi bir kısım sebeplerle infazın ertelenmesine olanak tanınmıştır. Yine, aynı Kanun'un 17/A. maddesinde, istinaf ve temyiz kararlarının -hakkındaki mahkûmiyet hükmü kesinleşen- diğer sanığa sirayet edebileceği hallerde, kesinleşen hüküm infazının ertelenmesi veya durdurulması olanağı bulunduğu bahsedilmektedir. Bunlarla birlikte; anılan Kanun hükümleri içerisinde, sanığın -bizzat- kendisi veya -sirayet yönünden düşünüldüğünde- diğer bir sanık hakkında itiraz yetkisine başvurulması, infazın ertelenmesi veya durdurulması sebebi olarak gösterilmemektedir.

¹⁰⁸ Arslan, a.g.e., s. 144; Mesut Bedri Eryılmaz, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 709; Yurtcan, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi (CMK)*, s. 1180.

¹⁰⁹ Benzer bir düzenleme, yargılamanın yenilenmesi bakımından da -CMK m. 312'de- öngörülmüştür.

olanların da -Ceza Genel Kurulunda- görüş bildirme ve oy kullanma hakkı mevcuttur (Yargıtay Kanunu m. 7).^{110, 111}

Yargıtay Kanunu'nun 16. geçici maddesi uyarınca, 31.12.2022 tarihine kadar, Ceza Genel Kurulu -toplam yirmi üyeden oluşmakta olup- on beş üyenin toplanması ve -ikinci görüşme için- yalnızca sekiz üyenin oyuyla olağanüstü itirazı inceleme ve karara bağlama olanağına sahiptir. Bu ihtimal karşısında; itiraz yetkisine başvurulması üzerine, kolektif bir inceleme yürütülmesi ve içtihat birliğinin sağlanması işlevlerinin etkinliği -şüphesiz ki- azalmaktadır.

B. İNCELEMEDE İZLENECEK USUL

Ceza Genel Kurulu, itirazın kendisine gönderilmesi üzerine, bir ön inceleme yapar ve itiraz süresi geçmiş veya konu yönünden itiraz kapsamında olmayan başvuruları usulden reddeder.¹¹²

Olağanüstü itiraz yargılaması, duruşmasız olarak (dosya üzerinden) gerçekleştirilir.¹¹³ Kararına itiraz edilen ceza dairesi üyesi de yargılamaya katılır ve görüş bildirme ile oy kullanma hakkına sahiptir. Ceza Genel Kurulu, görüşmeleri gizli yürütür; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının görüşünü açıkladıktan sonra -Ceza Genel Kurulundan- ayrılması (Yargıtay Kanunu m. 7/5) da bu sebebe dayanır.¹¹⁴

İtiraz incelemesinde; Ceza Genel Kurulunun -ceza dairesi ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı arasında- hakem niteliğinde olduğu ve savunma makamında ceza dairesinin bulunduğu ifade edilmiştir.¹¹⁵ Bu yaklaşımda isabet görülmesi zordur; çünkü, bu yaklaşım, gerçek savunmanın -yani sanık ve müdafinin- yargılamadan soyutlanması, yargılamanın öznesi olmaktan çıkartılıp nesnesi konumuna getirilmesi sonucunu doğuracaktır. Oysa, olağanüstü ve istisnai niteliği bir kenara, itiraz incelemesi de muhakeme sürecinin bir parçasıdır; inceleme, ceza muhakemesinin temel ilkelerine bağlı kalınarak yürütülmelidir. Bu olağanüstü süreçte de adil yargılamanın egemen kılınması; sanığa (ve müdafine) bilgi verilmesi ve görüşlerini bildirme imkanı sağlanması elzemdir. Kaldı ki kararına itiraz edilen ceza dairesinin de yargılamaya katıldığı dikkate alındığında, savunma makamının da ceza dairesince işgal edildiğinin düşünülmesi; ceza dairesinin -bir nevi- kendisini yargıladığı yorumu yapılmasına neden olacak olup bu durum makul ve kabul edilebilir değildir.¹¹⁶

¹¹⁰ Toroslu ve Feyzioğlu, a.g.e., s. 378-379. Ayrıca, kararına itiraz edilen dairenin de itiraz incelemesine katılmasının objektifliği ihlal etmeyeceği görüşü için bkz. Meriç, a.g.e., s. 1124.

¹¹¹ Yargıtay Kanunu'nun 16. geçici maddesi uyarınca, 31.12.2022 tarihine kadar, Ceza Genel Kurulu; toplam yirmi üyeden oluşmakta olup on beş üyenin toplanması ve -ikinci görüşme için- yalnızca sekiz üyenin oyuyla olağanüstü itirazı inceleme ve karara bağlama olanağına sahiptir. Bu ihtimal karşısında; itiraz yetkisine başvurulması üzerine, kolektif bir inceleme yürütülmesi ve içtihat birliğinin sağlanması işlevlerinin etkinliği -şüphesiz ki- azalmaktadır.

¹¹² Şahin, *Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi*, s. 905.

¹¹³ Şahin ve Göktürk, a.g.e., s. 309; Toroslu ve Feyzioğlu, a.g.e., s. 379.

¹¹⁴ Arslan, a.g.e., s. 148.

¹¹⁵ Kunter ve Yenisey, a.g.e., s. 1198.

¹¹⁶ Benzer eleştiri ve ilgili dairenin karara katılmamasına dair çözüm önerisi için bkz. Yurtcan, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi (CMK)*, s. 1181.

İtirazın incelenmesi usulü bakımından, en önemli tartışma; inceleme süresince adil yargılama ilkesinin geçerli olup olmayacağı ve bu bağlamda, silahların eşitliği ile çelişme ilkeleri gereğince, sanığın bilgilendirilme ve dinlenilme haklarına sahip olup olmadığına ilişkindir. Elbette, yargılama duruşmasız olarak yürütüldüğünden; bu tartışma, itiraznamenin tebliği noktasında somutlaşmaktadır.

Doktrinde, tarafların doğrudan başvurma imkanı olmayan bir kanun yolu bakımından, taraf görüşlerinin alınmasına da gerek olmadığı belirtilmiştir.¹¹⁷ Bundan farklı ve nispeten adil yargılamanın gereklerine uygun olarak daha önce tartışılan ve yeni bir iddia veya açıklama getirmeyen görüşlerin ilgisine bildirilmesi gerekmediği; bu tip görüşlerin bildirilmemesi nedeniyle yapılan bireysel başvurular kapsamında, AYM'nin -başvuruyu anayasal ve kişisel değerden yoksun bularak- hak ihlali bulunmadığına karar verdiği de ifade edilmiştir.¹¹⁸

Anayasa Mahkemesi, bozma kararına karşı itiraz yetkisine başvurulması halinde, henüz kesinleşmiş bir hüküm bulunmadığından, suç isnadına dayanan yargılama sürecinin ve dolayısıyla sanıklık statüsünün devam ettiğini; buna bağlı olarak adil yargılamanın gereklerine uyulacağı ve daha önce tartışılmamış, sanığın merci nezdinde başarı şansını olumsuz etkileyen, yeni bir iddia veya açıklama içeren itiraznamenin ilgisine tebliğ edilmesi gerektiğini kabul etmiştir.¹¹⁹ Bu kabul, insan onuruna yaraşır bir yargılamanın gereklerine nispeten uygunsa da bunun ileriye taşınabilmesi ve tam bir uygunluk sağlanabilmesi bakımından, şu eleştirilerin yapılması gerekir:

- i. Onama kararlarına karşı itiraz yetkisine başvurulduğu hallerde, itiraz incelemesinin adil yargılama ilkesi çerçevesinde gerçekleştirilmesi gerekmediği değerlendirilmiş olup bu değerlendirme kabul edilemez. İtiraz incelemesi, yargılama merciince gerçekleştirilen bir yargılama faaliyetidir. Bu süreç, ceza muhakemesinin temel ilkeleri doğrultusunda yürütülür. Her ne kadar ilgili (hükümlü), bu aşamada, suç isnadı altındaki kişi olarak kabul edilemese de kendisi aleyhinde yürütülen yargılamanın adilane (insan onuruna yaraşır) bir şekilde gerçekleştirilmesini talep etme hakkına sahip olmalıdır.

¹¹⁷ Erdem ve Şentürk, *a.g.e.*, s. 250; aksi görüş için bkz. Yılmaz, *a.g.e.*, s. 140-142.

¹¹⁸ Cumhur Şahin, "Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Ceza Muhakemesinde Silahların Eşitliği ve Çelişmeli Yargılama İlkeleri", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan)*, Cilt 21 Özel Sayı (Yıl 2019), s. 3063.

¹¹⁹ "... Anayasa Mahkemesi daha önce adil yargılanmaya ilişkin hak ve yükümlülükler ile ilgili uyumsuzlukların ve bir suç isnadının esasının karara bağlanması esnasında geçerli olduğunu belirterek hakkın kapsamını bu konularla sınırlandırmıştır (Onurhan Solmaz, B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 23). Dolayısıyla Yargıtayın onama kararından sonra sanık, hakkında suç isnadı bulunan bir kimse statüsünden çıktığı için olağanüstü bir kanun yolu olan Yargıtay Cumhuriyet başsavcısının itirazı sürecinin kural olarak Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında değerlendirilmemesi gerekmektedir.

... Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itiraznamesi başvuruca tebliğ edilmemiş, başvuruca bu itiraznameden bozma kararının kendisine tebliğiyle birlikte haberdar olmuştur. Başvurucunun çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine aykırı bir uygulamaya maruz kaldığı açıktır. Ancak bu aykırılığın adil yargılanma hakkı bakımından bir ihlale yol açtığına söylenebilmesi için bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetini zedeleyip zedelediği değerlendirilmelidir. Bu sebeple itiraznamede dile getirilen görüşlerin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yargılama sürecinde daha önce dile getirilip getirilmediği, bir başka deyişle başvuruca Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itiraznamede belirttiği görüşlerine daha önce vâkıf olup olmadığı, karşı beyanda bulunma imkânı elde edip etmediği önemlidir..." (AYM, Hacı Karabulut Başvurusu, B. No: 2017/14871, p.23, 24, 38)

(erişim: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2017/14871>, 06.03.2021).

Ayrıca, adil yargılanmanın taraflara tanınan bir hak olduğu ve sanık (taraf) sıfatının son bulmasıyla bu hakkın da son bulacağı düşünülemez; zira, unutulmamalıdır ki adil yargılama -aynı zamanda- Devlete yüklenen bir ödevdir ve ilgili yönünden sanık sıfatının son bulmasıyla Devletin ödevi sona ermez¹²⁰. İtiraza konu edilen ceza dairesi kararı kesin olsa dahi itiraz yetkisine başvurulmasıyla yeni bir kanun yolu davası (tali ceza davası) başlatılmış olacak ve bu süreçte, ilgili hakkındaki ceza muhakemesinin -yeniden- canlandığı kabul edilemese dahi, ilgilinin ceza muhakemesinden doğan haklarından faydalandırılması gerekecektir. Özetle onama kararı üzerine başvurulmuş itirazın incelenmesi sırasında da adil yargılanmanın gereklerine uygun hareket edilmesi gerekir.¹²¹

- ii. Daha önce tartışılmayan, yeni bir iddia veya açıklama içermeyen itiraznamelerin ilgisine tebliğ edilmesine gerek olmadığına ilişkin yaklaşım da isabetli değildir. İtiraznamenin niteliği ne olursa olsun -mutlak surette- ilgisine bildirilmesi ve görüşlerini bildirmek üzere imkan sağlanması gerekir.¹²² Bilgi sahibi olma ve savunma hakkı, adil yargılanmanın temeli olup usul ekonomisine feda edilemez. Bireyin -her aşamada- kendisi hakkında yürütülen yargılamalara dair her türlü bilgiye sahip olma ve görüş bildirme hakkı vardır. Bu, her şeyden önce, şeffaf bir yargılama yürütülmesi ve bireyin (ve toplumun) adil bir yargılama yürütüldüğü hususunda ikna edilmesi bakımından önem arz etmektedir. Kaldı ki yeni bir iddia ve açıklama içermese dahi itiraznamenin tebliği, ilgisini -uyuşmazlıkla ilgili olarak- yeniden düşünmeye sevk edecek olup bu halde, daha önce fark edilmemiş bir hususun ortaya çıkması da ihtimaller dahilindedir.

C. İNCELEMENİN KAPSAMI

İtiraz başvurusuna konu olan kararının, maddi hukuk ve muhakeme hukuku normlarına uygunluğunun incelenebileceği hususunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Buna karşın, maddi sorunun (sübut sorununun) incelenip incelenemeyeceğine ilişkin farklı görüşler

¹²⁰ "... Adalet ceza evi kapısında durmayacağı için, hükümlülerin adil yargılanma hakkına ilişkin güvencelerden mahrum bırakılmasına müsaade edilemez ..." (AİHM, Campbell ve Fell/Birleşik Krallık Davası, 28.06.1984, 7819/77; 7878/77, p. 69). Adil yargılanma hakkına ilişkin güvencelerin suç isnadıyla başlayıp hükmün tamamen infazıyla sona ereceği ve hatta -masumiyet karinesi yönünden- mahkumiyetin adli sicilde görüldüğü süreçte de devam edeceği şeklindeki benzer görüş için bkz. Fatih Birtek, *Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2017, s. 352, 215 numaralı dipnot.

¹²¹ *Benzer görüş için bkz.* MOLE, Nuala ve Catharina HARBY, *Adil Yargılanma Hakkı - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, Çev., Türkiye Barolar Birliği, Strazburg: Şen Matbaa (TBB Yayınları No: 89), 2015, s.9: "AİHS m. 6 kapsamındaki garantiler; sadece mahkeme huzurundaki yargılama süresince değil, bunun öncesi ve sonrasında da uygulanır".

¹²² Başka deyişle gerek eleştiri konusu AYM kararında gerekse de -Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın başvuru konusu uyuşmalığa ilişkin görüşlerini içermesi dolayısıyla itiraznameye benzeyen- tebliğnamenin düzenlenmesi ve bildirilmesi hakkındaki CMK m. 297/3 hükmünde ifade edildiği gibi *aleyhe görüşlerin ilgisine tebliğ edilmesi* gerektiğine dair yaklaşım isabetli değildir. Bir görüşün lehe mi yoksa aleyhe mi sonuç doğuracağını öngörmek mümkün olmayabileceğinden; tüm itiraznameler, ilgisine tebliğ edilmelidir. Nitekim, itiraz yetkisine başvuru sayısının oldukça az olduğu dikkate alındığında (bkz. 9 numaralı dipnot), tüm itiraznamelerin tebliğ edilmesi; ek bir iş yükü de oluşturmayacaktır.

mevcuttur. Doktrinde, sübut sorununun itiraz incelemesinde ele alınamayacağı ifade edilmişse de¹²³ Yargıtay, sübut sorununu da -itiraz incelemesi kapsamında- değerlendirmektedir.¹²⁴

Ceza Genel Kurulu, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itiraz istemiyle sınırlı olarak inceleme yapacaktır. Bu bağlamda; birden çok sanık veya bir sanığın birden çok suçu söz konusu ise -yalnızca- başvuruya konu edilen sanık ve suçlar yönünden inceleme yapılacaktır.¹²⁵ Yargıtay uygulaması da bu yöndedir.¹²⁶ Yine, doktrinde, benzer şekilde, itiraz edilen hususlarla bağlı olarak inceleme yapılacağı ifade edilmiştir.¹²⁷ Mamafih, doktrinde “*itiraz konusu ile bağlı kalınmayıp tespit edilen tüm hukuka aykırılıkların bozma nedeni yapılabileceği*” görüşüne de yer verilmiştir.¹²⁸

İstemden (itiraz konusu veya itiraz edilen nokta olarak adlandırılanlar da vardır) farklı olarak, itiraz sebeplerinin -Ceza Genel Kurulunun incelemesi bakımından- bağlayıcılık taşıyıp taşımadığı hususundaki tartışma ise daha derindir. Bir görüşe göre, itirazda gösterilen sebeplerin bağlayıcılığı bulunmazken¹²⁹ diğer bir görüşe göre ise itiraz yetkisinin olağanüstü ve istisnai niteliğine istinaden, başvuruda gösterilen sebeplerle sınırlı bir inceleme yapılmalıdır.¹³⁰

¹²³ Erdem ve Şentürk, *a.g.e.*, s. 244-245, aksi görüş için bkz. Yüksektepe, *Adil Yargılama ve Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları*, s. 489; Apaydın, *Ceza Muhakemesine Egemen İlkeler Işığında Olağan ve Olağanüstü Kanun Yolları*, s. 220. İtiraz incelemesinde, sübut sorununun ele alınamayacağı ve bu husustaki tereddütlerin giderilmesi için -yalnız- hukukilik denetimi yapılacağı hükmünün kanuna eklenmesi gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Özen, *a.g.e.*, s. 927.

¹²⁴ “... Yargıtay C. Başsavcılığı itirazı üzerine dosyanın esasının sübut noktasından da değerlendirilmesinin olanaklı olduğuna yasal oy çokluğuyla karar verilmiştir...” (Yargıtay CGK, 11.04.2006, 2006/9-55 E. ve 2006/115 K.).

¹²⁵ Arslan, *a.g.e.*, s. 148.

¹²⁶ “... Diğer hükümlerin ise itiraz kapsamına dahil edilmediği görülmektedir. Bu nedenle incelemenin anılan itiraza konu hükümlere hasredilmesi gerekmektedir...” (Yargıtay CGK, 10.10.2006, 2006/3-206 E. ve 2006/205 K.).

¹²⁷ Şahin ve Göktürk, *a.g.e.*, s. 308. Yazarlar *itiraz edilen hususlarla bağlı inceleme yapılacağını* belirtmiş olup -bu değerlendirme için verilen 478 numaralı dipnotta- “istekle bağlı inceleme yapılacağından” bahsedilmiştir. Yine, bu ifadeyi açıklarken *itirazda, kararın hangi yönden hukuka aykırı olduğunun belirtilmesi* gerekliliğinden söz edilmiştir. Bu kapsamda, itirazda gösterilen maddi ve hukuki sebeplerin değil; ceza dairesi kararındaki itiraz edilen kısımların (yani istemin konusunun) kastedildiği anlaşılmıştır.

¹²⁸ Gökçen vd., *a.g.e.*, s. 711.

¹²⁹ Özbek vd., *a.g.e.*, s. 775; Arslan, *a.g.e.*, s. 149; Eryılmaz, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, s. 709; Soyaslan, *a.g.e.*, s. 624; nokta ve sebep ayrımı vurgulanarak başvuruda gösterilen noktaların *-inceleme bakımından-* bağlayıcı olduğu ancak sebeplerin bağlayıcılık arz etmediği belirtilen görüş için bkz. Talas, *a.g.e.*, s. 172-173.

¹³⁰ Öztürk vd., *a.g.e.*, s. 751; Özen, *a.g.e.*, s. 927; ayrıca bkz. Kunter ve Yenisey, *a.g.e.*, s. 1198 ve Toroslu ve Feyzioğlu, *a.g.e.*, s. 379: *İleri sürülen nokta ve gerekçelerle* sınırlı bir inceleme yapılacağından bahsedilmiş olup bu ifadeden hem istem (*itiraz konusu*) hem de sebep (*ve gerekçe*) ile bağlı bir inceleme yapılacağı anlaşılmıştır.

Yargıtay ise incelemenin -itiraz başvurusunda gösterilen- sebeplerle sınırlı kalınmaksızın inceleme yapılabileceğini görüşünü benimsemekte ve istikrarlı bir biçimde uygulamaktadır.¹³¹ Yine, madde gerekçesinde de aynı görüş vurgulanmıştır.¹³²

Nihayetinde, davasız yargılama olmaz ilkesi uyarınca (ve itiraz yetkisi bakımından, bu ilkeye bir istisna getirilmediğinden), Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazı incelenirken merciin istemle bağlı olacağını kabul etmek gerekir. Bunun yanında, hükmün gerekçesi ve kanun yollarının -mahkeme kararlarındaki hukuka aykırılıkların düzeltilmesine yönelik- nihai amacı dikkate alındığında, incelemenin itirazda gösterilen sebeplerle (gerekçe olarak da anılmaktadır) sınırlandırmaması şeklindeki uygulamanın isabetli bulunduğu belirtilmelidir.

D. KARARIN KAPSAMI VE ETKİLERİ

Ceza Genel Kurulu, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazını yerinde görmezse itirazı reddeder ve daire kararına ilişkin herhangi bir karar vermesi veya yorumda bulunması gerekmez.¹³³ Ceza Genel Kurulu, itirazı yerinde gördüğü takdirde ise itirazın kabul edip ceza dairesi kararını kaldırır ve ceza dairesi yerine geçerek onun verebileceği kararlardan birini verir. Bununla beraber, tebliğnamenin tebliğ edilmemesi gibi temyiz incelemesinin esasını etkileyecek usul eksikliklerinin varlığı halinde; Ceza Genel Kurulu, kararı kaldırmakla yetinmekte ve -ceza dairesi yerine geçip karar vermek yerine- eksik hususların giderilerek yeniden inceleme yapılmak üzere, dosyayı ilgili ceza dairesine göndermektedir.^{134, 135}

İtiraza konu edilen daire kararı yok hükmünde (örneğin; istem olmadığı halde temyiz incelemesi yapılması) ise Ceza Genel Kurulu, kararın yok hükmünde olduğunu tespit etmekle yetinir, ayrıca bir karar vermesi gerekmez.¹³⁶

¹³¹ "Bu konu daha önce de Ceza Genel Kurulunca ele alınmış ve 22.02.1988 gün ve 18 sayı ile ilke kararı alınmıştır. Bu kararda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, Ceza Genel Kurulu, Yargıtay C.Başsavcılığının itiraz nedenleri ile bağlı olmaksızın inceleme yapıp, tespit ettiği tüm yasaya aykırılıkları, CYUY'nın 326/son maddesi hükmü saklı kalmak kaydıyla bozma nedeni yapabilecektir. Uygulama bu ilke kararı doğrultusunda yerleşmiştir." (Yargıtay CGK, 11.04.2006, 2006/9-55 E. ve 2006/115 K.).

Kararda tespit edilen tüm yasaya aykırılıkların bozma nedeni yapılabileceği belirtilmişse de bu ifadeyi, istem (itiraz konusu) dışında da inceleme yapıp karar verilebileceği şeklinde yorumlamamak gerekir; zira, bu çalışma kapsamında yer verilen birçok Yargıtay kararından da anlaşılmaktadır ki istem dışında inceleme yapılması gibi yerleşik bir uygulama söz konusu değildir. Nitekim, kararda "... itiraz nedenleri ile bağlı olunmaksızın ..." denilerek itiraz konusundan (noktasından) değil; itiraz nedeninden (ve gerekçesinden) bahsedildiğine işaret edilmiştir.

¹³² "Ceza Genel Kurulu itirazda ileri sürülen nedenlerle bağlı olmaksızın kararı usul ve esas yönünden inceler." bkz. Şahin, *Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi*, s. 905.

¹³³ Centel ve Zafer, *a.g.e.*, s. 941.

¹³⁴ "...Görüldüğü gibi, Yargıtay C. Başsavcılığınca düzenlenen 27.12.2005 günlü tebliğname sanığa usulüne uygun bir şekilde tebliğ edilmeksizin Özel Dairece inceleme yapılarak karar verilmiş olup, bu husus CYUY'nın 316/3. maddesinin buyurucu hükmüne aykırılık oluşturmaktadır.

Bu nedenle Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının açıklanan değişik gerekçe ile kabulüne, Özel Daire kararının kaldırılarak, tebliğnamenin sanığa tebliğinden sonra temyiz incelemesi yapılarak bir karar verilme üzere dosyanın Özel Dairesine gönderilmesine karar verilmelidir..." (Yargıtay CGK, 26.09.2006, 2006/6-204 E. ve 2006/197 K.).

¹³⁵ Arslan, *a.g.e.*, s. 150-152.

¹³⁶ Centel ve Zafer, *a.g.e.*, s. 940.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itiraz yetkisine başvurması üzerine, Ceza Genel Kurulunun itirazı kabul edip bozma kararı verdiği hallerde; ceza dairesinin bu karara karşı direnmesi mümkün olmayıp¹³⁷ esas mahkemenin direnip direnemeyeceği hususunda ise farklı görüşler savunulmaktadır. Bir görüşe göre; direnmenin amacı, ceza dairesi ile esas mahkeme arasındaki uyumsuzluğun üst yargılama merciine taşınması olup bu halde, zaten, en üst yargılama merci tarafından verilen bir bozma kararı söz konusu olduğundan, itiraz yetkisine başvurulması üzerine verilen bozma kararlarına karşı direnilemez.¹³⁸ Diğer bir görüş ise esas mahkemenin direnme hakkına sahip olduğu yönündedir.¹³⁹

İtiraz üzerine verilen bozma kararlarına karşı da direnilemeyeceği görüşünde isabet bulunmaktadır. Zira, bu kararlara karşı direnilmesi halinde, Ceza Genel Kurulu ve esas mahkeme arasındaki uyumsuzluğu çözecek daha üst bir merci yoktur; kaldı ki esas mahkemenin uyumsuzluğun esası hakkındaki görüşü zaten dosya mevcut bulunduğundan, onun iradesinin önüne geçilmesi (bağımsızlığının ihlal edilmesi) söz konusu değildir. Bu şartlar altında, direnmeye imkan tanınması, usul ekonomisi ve makul sürede yargılanma ilkelerinin ihlaline sebep olur. Bunlara karşın, Yargıtay uygulamasının “*itiraz üzerine verilen bozma kararlarına karşı direnilebileceği*” yönünde olduğunu da belirtmek gerekir.¹⁴⁰

İtiraz yetkisinin olağanüstü ve istisna bir hüküm olduğu, bu bahisle “*hükmün bozulmasının diğer sanıklara etkisi*” başlıklı, temyiz kararının sirayetine ilişkin, CMK m. 306 hükmünün -itiraz yetkisi bakımından- kıyasen uygulanamayacağı da vurgulanarak itiraz yetkisinin sirayet (yayıma) etkisine sahip olmadığı ifade edilmiştir.¹⁴¹ Buna karşın, sirayet etkisinin “*birçok sanıktan yalnızca bir veya birkaçının kanun yoluna başvurduğu*” hallerde tartışılabileceği, itiraz yetkisi bakımından ise hiçbir sanığın başvuru hakkına sahip olmaması nedeniyle böyle bir tartışmaya yer olmadığı; nihayetinde, kararın -uygun düştüğü ölçüde- tüm sanıklar hakkında etki doğuracağı da savunulmuştur.¹⁴² Gerçekten, uygun düştüğü ölçüde, özellikle maddi sorunun objektif niteliklerinden doğan bir karar değişikliği söz konusuysa yeni kararın tüm sanıklar hakkında sonuç doğurmaması düşünülemez. Örneğin; birçok sanık tarafından işlenen bir suçunun teşebbüs aşamasında kaldığı gerekçesiyle -ceza dairesi yerine geçilerek- yeni bir

¹³⁷ Ünver ve Hakeri, *a.g.e.*, s. 836-837; Erdem ve Şentürk, *a.g.e.*, s. 252.

¹³⁸ Arslan, *a.g.e.*, s. 152-153; benzer Yenisey ve Nuhoglu, *a.g.e.*, s. 983; Toroslu ve Feyzioğlu, *a.g.e.*, s. 379; Özbek vd., *a.g.e.*, s. 775; Öztürk vd., *a.g.e.*, s. 752.

¹³⁹ Talas, *a.g.e.*, s.174; benzer görüş için bkz. Uğur Ersoy, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuki Çare ve Kanun Yolu Kavramı Bağlamında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı’nın İtiraz Yetkisi”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Sayı 29 (Yıl 2015), s. 117; Keklik “Ceza Yargılamasına İlişkin Temyiz Yasa Yolunda Yargıtay Kararı Üzerine Yapılacak İşlemlerin Kronolojik İncelemesi”, s. 205.

¹⁴⁰ “... *Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bozma kararının direnme üzerine değil Yargıtay C. Başsavcılığı'nın itirazı üzerine verilmiş olması ve bu tür bozmalara Yerel Mahkemelerin direnme yetkilerinin bulunması nedeniyle CYUY'nın 326/2. maddesince direnilmiş ... Yerel Mahkemeye verilen hükmün, özel dairece onanması sonrasında Yargıtay C. Başsavcılığının itirazı üzerine, Özel Daire onama kararının kaldırılması dolayısıyla direnme konusu olan hükmün, Özel Daire kararına karşı değil, Ceza Genel Kurulu kararına karşı verilmesi nedeniyle, incelemenin Yargıtay Ceza Genel Kurulunca yapılması gerekmektedir...*” (Yargıtay CGK, 06.03.2007, 2006/8-179 E. ve 2007/57 K.).

¹⁴¹ Özbek vd., *a.g.e.*, s. 775; Arslan, *a.g.e.*, s. 144.

¹⁴² Öztürk vd., *a.g.e.*, s. 753; Erdem ve Şentürk, *a.g.e.*, s. 253; Taner, *Ceza Muhakemesi Usulü*, s. 406; Apaydın, *a.g.e.*, s. 220; Yılmaz, *a.g.e.*, s. 136.

karar verilmişse tüm sanıklar, bu kararın sonuçlarından yararlanacaktır. Ancak birçok sanık hakkında, çocuk olmaları göz önünde bulundurulmaksızın, fazla cezaya tayin olunmuş ve bu husus, bir sanık yönünden itiraza konu edilmişse Ceza Genel Kurulunun itiraza konu edilen sanık yönünden vereceği karar, diğer sanıklar hakkında etki doğurmayacaktır.

Birden fazla sanık hakkında, aynı (tek) veya birden fazla atılı suça ilişkin olarak açılan davalar; bağlantı nedeniyle birlikte görülebilir ve aynı yazılı metin içerisinde hükme bağlanabilirse de her bir dava yönünden bağımsızlık esası ve ayrı bir hüküm kurulması gereği saklıdır. Aynı metin içerisinde ve birlikte kurulan hükümlerden birine karşı kanun yoluna başvurulmuşken bir diğerine karşı kanun yoluna başvurulmaması (veya kanun yolu başvurusunun reddedilmesi) dolayısıyla “kısmi kesinleşmenin” (hakkında kanun yolu başvuru bulunmayan hükmün kesinleşmesinin) mümkündür.¹⁴³ Kısmi kesinleşme halinde, sanıklardan biri hakkında kurulan hüküm bozulduğunda; bunun daha önceden hakkındaki hüküm kesinleşen sanığa da sirayet etmesi, mantıksal ve hukuksal birliğin sağlanması için zorunludur.¹⁴⁴

İfade etmek gerekir ki olağanüstü itiraz başvurusu üzerine verilen bozma kararının diğer sanıklara sirayeti bakımından; Ceza Genel Kurulu’nun ceza dairesi yerine geçerek karar verdiği ve bu halde, CMK m. 306/1 hükmünün -özellikle *sanık lehine bozulmuşsa* ifadesinden yola çıkılıp- gündeme getirilerek bozmanın diğer sanıklara da sirayet edeceğini kabul etmek pratik bir çözüm olarak görünmektedir.¹⁴⁵ Bununla birlikte, yukarıda da izah edildiği gibi itiraz yetkisinin olağanüstü ve istisnai bir yol olması nedeniyle kanun yolları için öngörülen genel hükümlere veya herhangi bir olağan kanun yolu için öngörülen hükümlere dayanılmasındansa (kıyas yoluyla istisnai hükmün geniş yorumlanmasındansa) olağanüstü itiraz üzerine verilen bozma kararının -uygun düştüğü ölçüde- diğer sanıklara da sirayet edeceğine ilişkin kanuni bir düzenleme yapılması daha isabetli bir çözüm olacaktır.

Ceza Genel Kurulu, itirazın kabulüyle ceza dairesinin kararını kaldırıp onun yerine gerek karar verdiği hallerde; sanığın yalnızca lehine olan sebeplerle itiraz edilmiş olsa dahi sanık aleyhine sonuç doğurabilecek bir karar verebilir. Bir başka deyişle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılısının itiraz yetkisine başvurması üzerine, aleyhe bozma yasağı geçerli olmaksızın, inceleme yapılarak karar verilecektir.¹⁴⁶ Bu yaklaşım oldukça isabetlidir. Zira, somut olay adaletinin sağlanması ve bireysel hakların korunması ile hukuk dünyasındaki bir aykırılığın düzeltilmesi (soyut ve objektif bir değer korunması) amaçlarını -neticeleri itibarıyla- birbirinden ayırmak pek mümkün olmasa da itiraz yetkisi kapsamında, öncelikle -sanığın lehine veya aleyhine olmasına bakılmaksızın- hukuk dünyasındaki aykırılığın giderilmesi hedeflenmiştir. İtiraz yetkisinin -yalnızca- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına tanınması hem bunun istisnai bir yol olduğunu (istisnai bir yol olmasının doğal sonucu şudur ki bu yol genel kurallara tabi olmayıp açıkça öngörülen sınırlar içerisinde işletilecektir, buna bağlı olarak CMK m. 265 hükmü de

¹⁴³ Fatih Birtek, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Kısmi Kesinleşme”, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sayı 2 (Yıl 2020), s. 602-603.

¹⁴⁴ Faruk Erem, “Bozmanın Sirayeti”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 1 (Yıl 1963), s. 8.

¹⁴⁵ Yargıtay da itiraz yetkisine başvurulması üzerine, Ceza Genel Kurulu’nun ceza dairesi yerine geçerek inceleme yaptığına ve karar verdiğiğine işaret etmiştir. Bkz. 140 numaralı dipnot.

¹⁴⁶ Öztürk vd., *a.g.e.*, s. 752-753; aksi görüş için bkz. Günay, *a.g.e.*, s. 272.

itiraz yetkisi bakımından uygulama alanı bulamayacağını) hem de diğer ilgililere başvuru hakkı tanınmaması dolayısıyla -bireysel hakların değil- hukuk düzeninin korunmasına öncelik verildiğini göstermektedir. Bu halde, itiraz yetkisine başvurulması üzerine; neticede, sanık aleyhine bir sonuç doğup doğmayacağına bakılmaksızın, hukuka aykırılıkların -merciince- düzeltilmesi gerektiği söylenebilir.

E. ZAMANAŞIMININ KARARA ETKİSİ

Zamanaşımının, itiraz yetkisine başvurulması üzere, Ceza Genel Kurulu'na verilecek karara etkisi bakımından; itiraz konusu kararın niteliği ve zamanaşımının gerçekleştiği aşama dikkate alınarak farklı olasılıklara göre değerlendirme yapılması yerinde olacaktır.

İlk ihtimalde, zamanaşımı gerçekleşmesine rağmen -bu hal gözden kaçırılarak- onama kararı verildiği ve onama kararına karşı itiraz yetkisine başvurulduğu olasılığını ele alırsak; Ceza Genel Kurulu'nun -itiraz yetkisinin hukuka aykırılıkları düzeltme amacına uygun olarak- ceza dairesinin yerine geçerek düşme kararı vermesi gerekir.^{147 148}

Diğer bir ihtimalde, ceza dairesince onama kararı verilmiş ve onama kararı verildiği anda zamanaşımı gerçekleşmemiş olabilir. Bu halde, onama kararı verildiği anda karar kesinleşecek ve kararın kesinleşmesiyle ceza zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır.^{149, 150} Bu sebeple itiraz yetkisine başvurulması için öngörülen otuz günlük süre içerisinde, ilamın kesinleşmediği yahut ilamın yerel mahkemeye gönderilmediği ve buna bağlı olarak infazın -fiilen- başlamadığı gerekçesiyle -onama kararından, itiraz yetkisine başvurulması için öngörülen otuz günlük sürenin sonuna kadarki süreçte- ceza zamanaşımının değil; dava zamanaşımının işlemeye devam edeceğinin savunulmasında isabet bulunmamaktadır.^{151 152} Özetle -eğer ki onama kararından önce zamanaşımının gerçekleştiği gözden kaçırılmamışsa- itiraz incelemesinden önce veya inceleme sırasında, zamanaşımın gerçekleştiğinden bahisle düşme kararı verilmesi söz konusu olamaz.¹⁵³ İtiraz incelemesi neticesinde, bozmaya karar verilmesi halinde ise dava zamanaşımı, tekrar işlemeye başlayacaktır.¹⁵⁴

Başka bir ihtimalde ise ceza dairesinin bozma kararı vermesinden sonra -henüz karar kesinleşmeyip zamanaşımı süresi işlemeye devam ettiğinden- zamanaşımı gerçekleşebilecektir.

¹⁴⁷ İtiraz yetkisinin hukuka aykırılıkları giderme amacıyla ilgili olarak bkz. Meriç, *a.g.e.*, s. 1106.

¹⁴⁸ Onama kararlarına karşı, sanık lehine olarak itiraz yetkisine başvurulması yönünden makul bir süre sınırı öngörülmesi gerektiğine ilişkin eleştiri için bkz. Özen, *a.g.e.*, 935

¹⁴⁹ Özen, *a.g.e.*, s. 924

¹⁵⁰ TCK m. 68/5: "Ceza zamanaşımı, hükmün kesinleştiği ... günden itibaren işlemeye başlar ..."

¹⁵¹ Otuz günlük süre boyunca, ilamın kesinleşmeyeceğine ilişkin görüşler için bkz. 19 ve 21 numaralı dipnotlar.

¹⁵² Otuz günlük süre boyunca, ceza zamanaşımının işlemesini; failin ödüllendirilmesi olarak nitelendiren görüş için bkz. Alacakaptan, *a.g.e.*, s. 290; Meriç, *a.g.e.*, s. 1132. Otuz günlük süre boyunca, infazın fiilen başlamamasının uygulamadan kaynaklandığı ve bunun failin ödüllendirilmesi olarak nitelendirilemeyeceğine ilişkin karşı görüş için bkz. Seydi Kaymaz, "Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının İtirazı (CMK m. 308/A)", *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XXIV Sayı 4 (Yıl 2020), s. 478. Gerçekten de otuz günlük süreçte infazın -fiilen- başlamamasının uygulamadan doğan ve aşılabilir bir aksaklık olduğu ile onlarca yıllık -fazlaca uzun- ceza zamanaşımı sürelerine oranla otuz günlük sürenin tolere edilebilecek kadar kısa olduğu dikkate alındığında, sırf faili ödüllendirmemiş olmak düşüncesiyle onama kararıyla ilamın kesinleşmeyeceğinin düşülmesi isabetli değildir.

¹⁵³ Kaymaz, *a.g.e.*, s. 478.

¹⁵⁴ Kaymaz, *a.g.e.*, s. 479.

Bu ihtimalde, itiraz sebep ve gerekçeleriyle bağılı kalmaksızın inceleme yetkisine sahip olan Ceza Genel Kurulu, incelemeden önce zamanaşımının gerçekleştiğini gözetip -ceza dairesinin yerine geçerek- düşme kararı verecektir.¹⁵⁵

SONUÇ

Yargısal denetim mekanizmalarının genişletilmesi, hukuk dünyasındaki aykırılıkların düzeltilmesi ve gerek birey gerekse de toplum nezdinde adalet inancının gelişmesi bakımından, önemli ve gereklidir. Ayrıca, itiraz yetkisi açısından ifade edilmelidir ki başvuruların niceliğine bakıldığında, pratikte ciddi bir iş yükü artışına ve yargılamanın uzamasına da sebebiyet vermemekte, hatta usul ekonomisi yönünden bazı olumlu sonuçlar doğurabilmektedir.

Olağanüstü bir kanun yolu olan itiraz yetkisine başvurulmasıyla bir kanun yolu (tali ceza) davası doğmaktadır. Bu dava, ilgili hakkında yürütülen ceza muhakemesinin ayrılmaz bir parçası olup ceza muhakemesinin temel prensipleri (özellikle de adil yargılama ilkesi) çerçevesinde görülmeli ve bu süreç sonuçlanıncaya kadar, ilgililerin -adil yargılanma hakkından doğan- hakları sağlanmalıdır. Yine bu süreçte, sanığın muhakemeden soyutlanarak bir nesneye dönüştürülmesi; savunma makamının -kararına itiraz edilen- ceza dairesince işgal edildiği görüşü kabul edilemez.

Olağanüstü kanun yolu niteliğine sahip olma ölçütünün -kesinleşen kararlara karşı başvurulma değil- olağan kanun yolu olmadığı (olağan kanun yollarının temel özelliklerini tam anlamıyla taşımadığı) kabul edildiğinden bozma kararlarına karşı da itiraz yetkisine başvurulabileceği sonucuna ulaşılmakta ve bu sayede, usul ekonomisinin sağlanması ile hukuka aykırılıkların giderilmesi bakımından önemli bir fayda sağlanmaktadır.

Olağanüstü itiraz incelemesi, davasız yargılama olmaz ilkesi gereğince, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının istemi üzerine; bu istemde sınırlandırılan konu, kişi ve fiiller yönünden gerçekleştirilir. İtiraz yetkisi, olağanüstü bir yol olup bu yola istisnaen başvurulması gerektiğinden; keyfi başvuruların önlenmesi adına, ciddi ve somut bir başvurunun varlığı gerekir. Bu noktada, itiraz yetkisine başvurulurken itiraz sebeplerinin açıkça gösterilmesi gerekir; ancak, itiraz yetkisinin tanınmasına esas teşkil eden hukuk dünyasındaki aykırılıkların giderilmesi amacıyla uygun olarak merciin gösterilen sebeplerle sınırlı kalmaksızın inceleme yapabileceğini kabul etmek gerekir.

İtiraz yetkisinin, iddia makamı sıfatıyla Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığını daha işlevsel kıldığı kabul edilmelidir. İlk derece ve istinaf mahkemeleri yanında bulunan Cumhuriyet başsavcılıkları; yanında buldukları mahkemelerin kararlarını hukuka uygun görmedikleri takdirde, bu kararların yeniden incelenmesi sağlayacak şekilde, olağan kanun yoluna başvurma

¹⁵⁵ "... zamanaşımının yargılama sırasında gerçekleşmesi hâlinde, mahkeme ya da Yargıtay, resen zamanaşımı kuralını uygulayarak kamu davasının düşmesine karar verecektir ... Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının değişik gerekçeyle kabulüne, Özel Daire bozma kararının kaldırılmasına, Yerel Mahkemece verilen beraat hükmünün gerçekleşen dava zamanaşımı nedeniyle bozulmasına ancak yeniden yargılamayı gerektirmeyen bu konuda 1412 sayılı CMUK'nın, 5320 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca karar tarihi itibarıyla uygulanması gereken 322. maddesine göre karar verilmesi mümkün olduğundan, sanık hakkındaki kamu davasının TCK'nın 66/1-e ve CMK'nın 223/8. maddeleri uyarınca düşmesine ..." (Yargıtay CGK, 17.11.2020, 2018/480 E. ve 2020/460 K.)

yetkisine sahiptir. Buna karşın, itiraz yetkisi tanınmamış olsaydı; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının ceza dairesi kararına etki etme imkanı yok denecek kadar sınırlı olurdu. Her ne kadar tebliğnamenin -belirli bir düzeyde- bunu sağladığı ileri sürebilirse de herhangi bir zorlayıcı etkiye sahip olmaması ve iddia makamının -ceza dairesi nezdinde- kabul görmeyen görüşlerini -başka bir merci nezdinde- inceleyebilmesine olanak vermemesi nedeniyle tebliğname düzenleme yetkisinin yeterli etkililiğe sahip olduğundan söz edilemez. Yargılamanın üçlü sac ayağından birini oluşturan iddia makamına; kendi hukuki görüşüyle örtüşmeyen bir karar karşısında, bunun yeniden incelenmesini sağlayabilecek imkanlar tanınması şüphesiz ki iddia makamının etkililiğini arttıracak ve kanun sözcülüğünün ötesinde bir işlev kazandıracaktır. Bunun yanında, öncelikli olarak hukuk düzenindeki aykırılıkların giderilmesi amacıyla tanınan bu yetki, Cumhuriyet savcılığı makamının kamusal niteliğini de göstermekte ve kuvvetlendirmektedir.

KAYNAKÇA

- Alacakaptan, Uğur. "Temyiz Mahkemesi Başsavcılığı'nın Yaptığı İtiraz Hükümün Kesinleşmesine Mani Olur Mu?". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. Cilt 24 Sayı 1 (Yıl 1967): s. 287-291 (erişim: <https://jurix.com.tr/article/15642>).
- Apaydın, Cengiz. *Ceza Muhakemesine Egemen İlkeler Işığında Olağan ve Olağanüstü Kanun Yolları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Arslan, Çetin. "Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı İtirazı (CMK md. 308)". *Ceza Hukuku Dergisi*. Sayı 5 (Yıl 2007): s. 105-161 (erişim: <https://jurix.com.tr/article/2869>).
- Birtek, Fatih. *Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.
- Birtek, Fatih. "Ceza Muhakemesi Hukukunda Kısmi Kesinleşme". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (MÜHF) Hukuk Araştırmaları Dergisi*. Cilt 26 Sayı 2 (Yıl 2020): s. 571-607. (erişim: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1332686>)
- Centel, Nur ve Hamide Zafer. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları, 2020.
- Çinko, M. Siddık. "Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının İtiraz Yetkisi". *Terazi Hukuk Dergisi*. Cilt 13 Sayı 141 (Yıl 2018): s. 96-101. (erişim: <https://jurix.com.tr/article/12505>)
- Demirbaş, Timur. *İnfaz Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Donay, Süheyl. *Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları, 2015.
- Erdem, Mustafa Ruhan ve Candide Şentürk. *Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Erem, Faruk. "Bozmanın Sirayeti". *Ankara Barosu Dergisi*. Sayı 1 (Yıl 1963): s. 5-8. (erişim: <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1963-1/01.pdf>)
- Erem, Faruk. *Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku*. Ankara: Işın Yayıncılık Ltd. Şti., 1996.
- Ersoy, Uğur. "Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuki Çare ve Kanun Yolu Kavramı Bağlamında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın İtiraz Yetkisi". *Ceza Hukuku Dergisi*. Sayı 29 (Yıl 2015): s. 67-124. (erişim: <https://www.jurix.com.tr/article/4175>)
- Eryılmaz, Mesut Bedri. *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012.
- Gökçen, Ahmet, Murat Balcı, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Günay, Erhan. *Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Olağanüstü Kanun Yolları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Karakehya, Hakan. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2016.
- Kaymaz, Seydi. "Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının İtirazı (CMK m. 308/A)". *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi (AHBVÜ) Hukuk Fakültesi Dergisi*. Cilt XXIV Sayı 4 (Yıl 2020). s. 411-487. (erişim: <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1354823>)
- Keklik, Ramazan. "Ceza Yargılamasına İlişkin Temyiz Yasa Yolunda Yargıtay Kararı Üzerine Yapılacak İşlemlerin Kronolojik İncelemesi". *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*. Sayı 6 (Yıl 2015): s. 185-225. (erişim: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/155615>)
- Kocalar, Salih ve Yunus Biçen. *Kanun Yolları*. Ankara: Bilge Yayınevi, 2021.
- Kunter, Nurullah ve Feridun Yenisey. *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları, 2000.

- Kunter, Nurullah. "Olağanüstü İtirazda Yargılama İle İlgili Sorunlar". *Yargıtay Dergisi*. Cilt 9 Sayı 4 (Yıl 1983): s. 586-598. (erişim: <http://www.yargitaydergisi.gov.tr/dergiler/ym/ekim1983.pdf>)
- Meriç, Emre Oğuz. "Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının İtirazı". *Dokuz Eylül Üniversitesi (DEÜ) Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan*. Cilt 21 Özel sayı (Yıl 2019): s. 1097-1140. (erişim: <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2019/09/EMRE-OGUZ-MERIC.pdf>)
- Mole, Nuala ve Catharina Harby. *Adil Yargılanma Hakkı - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*. Çev., Türkiye Barolar Birliği (Komisyon). Strazburg: Şen Matbaa (TBB Yayınları No: 89), 2015. (erişim: <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/adil-yargilanma-hakki.pdf>)
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018.
- Özen, Mustafa. *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Öztürk, Bahri, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge S. Gezer, Yasemin F. S. Kırıt, Esra A. Akcan, Özdem Özyıldın, Efser E. Tütüncü, Derya A. Villemın ve Mehmet C. Tok. *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018.
- Soyaslan, Doğan. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Şahin, Cumhur ve Neslihan Göktürk. *Ceza Muhakemesi Hukuku C. II*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Şahin, Cumhur. "Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Ceza Muhakemesinde Silahların Eşitliği ve Çelişmeli Yargılama İlkeleri". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan)* Cilt 21 Özel Sayı (Yıl 2019): s. 3051-3065. (erişim: <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2019/09/CUMHUR-SAHIN.pdf>)
- Şahin, Cumhur. *Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık 2005.
- Talas, Serdar. "Ceza Muhakemesi Hukukunda Başsavcılığın İtirazı". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. Cilt 70 Sayı 1 (Yıl 2012): s. 153-176. (erişim: <https://cdn.istanbul.edu.tr/file/1CD58DF90A/12CBCD390B334306BF08D63F76A1B7F7?doi=>)
- Taner, Tahir. *Ceza Muhakemesi Usulü*. İstanbul: Duygu Matbaası (İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 442 Hukuk Fakültesi Yayınları No.98), 1950
- Toroslu, Nevzat ve Metin Feyzioğlu. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi , 2016.
- Tosun, Öztekin. *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Muhakemenin Yürüyüşü*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti. (İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 1815 Hukuk Fakültesi Yayınları No.405), 1973.
- Ünver, Yener ve Hakan Hakeri. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Yenisey, Feridun ve Ayşe Nuhoglu. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Yılmaz, Sacit. "Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının İtirazı (CMK md. 308)". *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*. Cilt 1 Sayı 41 (Yıl 2020): s. 113-150. (erişim: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1491429>)
- Yurtcan, Erdener. *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi (CMK)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Yüksektepe, Mert Asker. *Adil Yargılama ve Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları*. İstanbul: Platon Hukuk Yayınevi, 2020.
- <https://hudoc.echr.coe.int/>
- <https://hukuk.marmara.edu.tr/akademik/yayinlar/dergi-arsivi>
- <https://karararama.yargitay.gov.tr/>

TTK M. 392'YE GÖRE BİLGİ ALMA HAKKININ KULLANILMASINDA YÖNETİM KURULU BAŞKANININ ROLÜ

ROLE OF THE CHAIRPERSON OF THE BOARD OF DIRECTORS IN THE EXERCISE OF THE RIGHT TO REQUEST INFORMATION UNDER ARTICLE 392 OF THE TURKISH COMMERCIAL CODE

Metin Kıratlı*

ÖZ

TTK m. 392'de yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma hakkı toplantı içinde ve toplantı dışında olmak üzere ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Yönetim kurulu başkanı üyelerin bilgi alma hakkını kullanabilmesi için gerekli ortamı hazırlamalıdır. Zira başkan bilgi alma hakkının kullanımının garantörüdür. Özellikle eski TTK zamanında yaşanan sorunlar, TTK m. 392 ile giderilmek istenmiştir. Gerçekten de eski TTK zamanındaki "başkanın dediği olur" durumunun ortadan kaldırılması amaçlanmıştır. Bu kapsamda yönetim kurulu üyesine toplantı içinde neredeyse sınırsız bir bilgi hakkı tanınmıştır. Bunun yanında toplantı dışında da, başkanın izniyle, üyenin bilgi alma hakkı düzenlenmiştir. Bu kapsamda başkanın izni önemlidir. Başkan tarafından izin verilirken nelerin dikkate alınması gerektiği ve hangi durumlarda izin verilmesinin reddedilebileceği tespit edilmelidir. Ayrıca toplantı dışında da başkanın bilgi alma hakkını kullanabilmesi için kurulun iznine ihtiyacı bulunmaktadır. Çalışmamızda bilgi alma hakkının kullanılması bakımında yönetim kurulu başkanının üstlendiği rolün üzerinde durulması amaçlanmıştır. Zira anonim şirketler uygulamasında TTK m. 392'den kaynaklı sorunların önemli bir bölümü, yönetim kurulu başkanının bu hakkı ihlâl etmesine dayanır.

Anahtar Kelimeler Bilgi alma hakkı ~ Yönetim kurulu başkanı ~ TTK m. 392 ~ Yönetim kurulu üyesi ~ İnceleme hakkı

* YÖK Üyesi, T.C. Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanı.

ORCID: 0000 0001 5203 2053



Bu eser Creative Commons Atınlı-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.
This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.

ABSTRACT

Article 392 of the Turkish Commercial Code regulates in detail the board members' right to request information at the meetings and outside of the meetings. The chairperson of the board of directors must pave the way for the members to exercise their right to request information. This is because, the chairperson is the guarantor for the exercise of the right to request information. Article 392 of the Turkish Commercial Code aims to eliminate the problems experienced particularly in the period of the repealed Turkish Commercial Code. So indeed, it is aimed to eliminate the circumstance "what the chairperson says, goes" in the period of the repealed Turkish Commercial Code. This scope grants the board members almost an unlimited right to request information at the meetings. Besides, also outside of the meetings, the article regulates the members' right to request information, upon the chairperson's permission. Within this context, the chairperson's permission is of importance. It must be determined what should be considered when granting the permission by the chairperson and in what cases the grant of the permission may be refused. Furthermore, the board's permission is required in order for the chairperson to exercise the right to request information also outside of the meeting. Our study aims to dwell on the role played by the chairperson of the board of directors with regard to the exercise of the right to request information. This is because, in the practice of joint stock companies, a significant part of the problems originating from article 392 of the Turkish Commercial Code is based on the infringement of this right by the chairperson of the board of directors

Keywords Right to request information ~ Chairperson of the board of directors ~ Article 392 of the Turkish Commercial Code ~ Board member ~ Right to review

GİRİŞ

Yönetim kurulu başkanı anonim şirketler hukukunda önemli bir pozisyona sahiptir. Özellikle yönetim kurulunun düzgün bir şekilde çalışmasını sağlayan kişidir. Ayrıca yönetim kurulu üyelerinin kanun ve esas sözleşmeden kaynaklanan görevlerini yapabilmesi için, başkan gerekli ortamı hazırlamalıdır. Üyelerin görevlerini hakkıyla yapabilmesi için şirket iş ve işlemleri hakkında bilgilendirilmiş olması gerekir. Bu kapsamda TTK m. 392’de yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma ve inceleme hakkını ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. söz konusu hak bakımından başkanın önemli yetkileri bulunmaktadır. Hâl böyle olunca bilgi alma hakkı bakımından başkanın rolü incelenmeye değer bir konudur.

I. GENEL OLARAK BİLGİ ALMA HAKKI (TTK M. 392)

A. 6762 SAYILI TTK’DEKİ DURUM

6762 sayılı eski TTK m. 331’de yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma hakkı “azaların hakları” başlığı altında düzenlenmiştir. Buna göre, yönetim kurulu toplantılarında üyeler, şirketi temsile ve şirket işlerini görmeye memur olan kimselerden işlerin gidişi veya muayyen bazı işler hakkında izahat istemek hakkını haizdirler. Yönetim kurulu, defter ve dosyaların kendisine ibrazına dâhi karar verebilir. Her üye, yönetim kurulunun toplantıya davet edilmesini başkandan yazılı olarak isteyebilir.

Eski TTK m. 331’in en büyük eksikliği yönetim kurulu üyelerinin toplantı dışında bilgi alma hakkının düzenlenmemesidir. Bu durum, üyenin toplantı dışında bilgi alma ve inceleme hakkının bulunmadığı şeklinde yorumlanmıştır¹. Bu şekildeki bir yaklaşımın, yönetim kurulu üyelerinin müteselsil sorumluluğu karşısında yerinde olmadığı ifade edilmelidir. Bir diğer eksiklik ise, hükümden, yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma hakkının “*kısıtlamaya*” dönük bir şekilde kaleme alınmasıdır. Zira üyelere sadece toplantı içinde bu hak tanınmış ve hakkın sınırlandırılmaz karakterine vurgu yapılmamıştır². Ayrıca hüküm bu haliyle yönetim kurulu başkanının pozisyonunu gereğinden fazla güçlendirmektedir. Türk anonim şirketler uygulamasında “başkanın dediği olur” probleminin var olduğu gerçeği karşısında, üyelerin bilgi alma hakkının yönetim kurulu başkanının inisiyatifine terk edilmiş olduğu görülmektedir. Gerçekten de, üye bilgi alma talebini iletmek için yönetim kurulunun toplanmasını başkandan talep ettiğinde, başkanın bu talebe kayıtsız kalması veya talebi reddetmesinin sonuçları düzenlenmemiştir. Son olarak maddedeki en önemli eksikliklerden biri de bilgi alma ve inceleme talebi reddedilen üyenin mahkemeye müracaat hakkının var olup olmadığıdır³.

¹ Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009, N. 558; Emre Kalender, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma Hakkı (TTK m. 392)*, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2017, s. 68.

² Aynı yönde görüş için bkz. Kalender, s. 68.

³ Ibid.

B. 6102 SAYILI TTK'DEKİ DURUM

Yönetim kurulu üyesinin bilgi alma hakkı TTK'nin 392. maddesinde kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir. Hükmün mehzazı İsvBK m. 715a'dır⁴. Bu haliyle hüküm, içeriği itibariyle pozitif hukukumuzda birçok yenilik getirmiştir. Gerçekten de, eski TTK'deki hükmün eleştirilen birçok yönü yeni hüküm ile düzeltilmiştir. Bu düzeltme daha çok İsvBK 715a maddesi dikkate alınarak yapılmıştır. Özellikle yönetim kurulu üyelerinin ağır ve kapsamlı sorumluluğunun bir sonucu olarak yönetim kurulu üyelerinin şirketin bütün iş ve işlemleri hakkında bilgi alma hakkı olduğu temel ilke olarak ortaya konulmuştur. Ayrıca bu hakkın sınırlandırılması ya da kaldırılmasının mümkün olmadığı açıkça ifade edilmiştir.

Yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma hakkı, toplantı içinde ve toplantı dışında olmak üzere ayrı şekilde düzenlenmiştir. Bilgi alma hakkı bakımından “başkanın dediği olur” problemi bir ölçüde düzeltilmeye çalışılmıştır. Gerçekten de eski düzenlemenin aksine, yönetim kurulu başkanının toplantı dışında kurulun izni olmaksızın bilgi alamayacağı, şirket defter ve dosyalarını inceleyemeyeceği hükmüne bağlanmıştır. Ayrıca üyenin bilgi alma talebinin reddi durumunda mahkemeye başvuru imkânı getirilmiştir.

TTK m. 392'de üyenin bilgi alma kaynağının kural olarak yönetim kurulu toplantısı olduğunu düzenlemiştir. Toplantıda diğer üyeler gibi, şirket yönetimiyle görevlendirilen kişiler ve komiteler de üyeye bilgi vermekle yükümlüdür. Üye, doğrudan yöneticilere başvurarak veya onları çağırarak bilgi talep edemez⁵. Pay sahiplerinin bilgi alma hakkının aksine, yönetim kurulu üyesinin bilgi alma hakkı bakımından ticari sır gibi bir sınırlandırma öngörülmemiştir. Ancak somut olayın özelliği istenilen bilgilerin verilmemesini gerekli kılıyorsa yönetim kurulu başkanı tedbir talebiyle mahkemeye başvurabilecektir⁶.

Eski hükmeye nazaran en büyük yenilik, üyenin toplantı dışında da bilgi alma hakkını kullanabileceğinin düzenlenmesidir. Üye, yönetim kurulu başkanından izin alarak toplantı dışında da bu hakkını kullanabilir. Üye, şirket defter ve belgelerini toplantı dışında incelemesi ancak görevini, hesap verilebilirlik ilkesine uygun olarak yapması bakımından gerekliyse, talep edebilir. Başkandan talep, herhangi bir şekilde tâbi değildir⁷. Hükmünde yapılan bir diğer yenilik ise yönetim kurulu üyesinin talebinin başkan tarafından reddi halinde üyeye, konuyu, yönetim kuruluna taşıma; kurulun toplanamaması veya talebi reddetmesi durumunda ise mahkemeye başvurma hakkının tanınmış olmasıdır. Ayrıca TTK m. 392'de, yönetim kurulu başkanının da aynı üyeler gibi, toplantı dışında bilgi alma ve inceleme hakkını kullanabilmesi için kuruldan izin almak zorunda olduğu kabul edilmiştir. Bu hüküm başkanın, kurulda, eşitler arasında birinci (*primus enter pares*) konumunu açık bir şekilde ortaya koymuştur⁸.

⁴ Madde gerekçesinde, hükmün esin kaynağının eski TTK m. 331 olduğu ifade edilmiş ve İsvBK m. 715a'dan bahsedilmemişse de; TTK m. 392 incelendiğinde, hükmün küçük farklılıklarla İsvBK'den iltibas edildiği görülecektir.

Aynı yönde görüş için bkz. Kalender, s. 69.

⁵ bkz. TTK 392. madde gerekçesi.

⁶ bkz. TTK 392. madde gerekçesi.

⁷ bkz. TTK 392. madde gerekçesi.

⁸ bkz. TTK 392. madde gerekçesi.

II. BİLGİ ALMA HAKKI BAKIMINDAN YÖNETİM KURULU BAŞKANLIK MAKAMI

Yönetim kurulu başkanı, kurulun işlemlerinin yönetimini yürütür. Bu kapsamda başkan, toplantının hazırlığı, oturumun ve karar sürecinin yönetilmesi faaliyetinde bulunur⁹. Bu yönüyle, yönetim kurulu başkanına güçlü bir konum sağlanmıştır. Yetkisini kullanmak suretiyle kuruldan bağımsız olarak birtakım işler hakkında bilgi verilmesinin yanı sıra, bir üyenin defter ve dosyalara erişiminin olup olmayacağına karar verecek organizasyon içinde yönetim kurulu başkanı ayrıcalıklı bir konumdadır. Esasen başkan, bilgilerin alıcısı, vericisi ve seçicisidir. Karar alma mekanizması içinde, bilgilerin toplandığı merkezi pozisyonu bakımından başkana, kurulun işleyişini sağlama fonksiyonu tahsis edilmiştir¹⁰. Anonim şirkette bilgi akışının gerektiği gibi yürütülmesini sağlayan, yönetim kurulu başkanıdır.

Bilgilerin hazırlanması ve sunulmasından ilk olarak yönetim kurulu başkanı sorumludur. Başkan, yönetim kurulu üyeleri tarafından kendisine sorulan sorulara cevap vermenin yanında, onlara, zamanında, amaca ve meselenin özüne uygun hazırlanmış bilgileri; şirket işleriyle görevli kişilerden veya daha tecrübeli yönetim kurulu üyelerinden yardım alarak, temin etmelidir. Bu yönüyle yönetim kurulu başkanı bilgi verme yükümlüsü olması dışında, bilgi alma hakkının garantörüdür¹¹.

Sermaye Piyasası Kurulu'nun II-17. 1 sayılı Kurumsal Yönetim Tebliği'nin ekinde yer alan Kurumsal Yönetim İlkeleri m. 4.4.2'ye göre, Yönetim kurulu başkanı, yönetim kurulu toplantısı gündeminde yer alan konular ile ilgili bilgi ve belgelerin, eşit bilgi akışı sağlanması amacıyla, toplantıdan yeterli zaman önce yönetim kurulu üyelerinin incelemesine sunulmasından sorumludur.

Özellikle icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyelerinin gereken güncel bilgilere erişimi için en önemli görev yönetim kurulu başkanına düşmektedir. Zira başkan, şirket içindeki bilgi akışından sorumludur. Bu sebeple başkan yönetim kurulu toplantısının yapılacağı zamana kadar, bir bilgilendirme programı ayarlamalıdır. Bu tür bir uygulama standart bir hâl almamışsa bile, icrada görevli olmayan üyelerle ayrıntılı görüşmelerin yapılmasında fayda vardır¹².

III. BİLGİ ALMA HAKKININ KULLANILMASI SÜRECİNDE BAŞKANIN ROLÜ

A. İLKELER

Türk Ticaret Kanunu m. 392'de her yönetim kurulu üyesinin bilgi alma hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir. Bilgi alma hakkı, yönetim kurulunun her bir üyesine tanınmış bireysel

⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Felix Rolf Wunderer, *Der Verwaltungsrats-Präsident, Aufgaben und Rollen in der Corporate Governance mittlerer bis grosser schweizerischer Publikumsgesellschaften*, Zürich: Schulthess, 1995, s. 212 vd.

¹⁰ Martin Waldburger, *Die Gleichbehandlung von Mitgliedern des Verwaltungsrates*, Bamberg: Haupt, 2002, s. 199; Kalender, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma Hakkı (TTK m. 392)*, s. 145 vd.

¹¹ Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, Zürich-Basel-Genf, Schulthess, 2009, §13 N. 186a; Kalender, s. 145 vd.

¹² Aynı yönde görüş için bkz. Kalender, s. 120 vd.

bir haktır¹³. Bu yüzden her bir yönetim kurulu üyesi, sırf üye olması dolayısıyla bu hakka sahiptir ve hakkın kullanılması ayrıca bir şarta bağlanmamıştır. Diğer taraftan yönetim kurulu üyelerinin bu bireysel hakkını, üyelerin diğer haklarının kullanılmasına hizmet eden yardımcı bir araç olarak anlamamak gerekir. Aksi görüş, bilgi alma hakkının hiçbir zaman sırf bilgi edinmek amacıyla kullanılmaması sonucunu doğurur¹⁴. Hâlbuki bilgi alma hakkı yokluğu durumunda yönetim kurulunun görevlerini yürütemeyeceği müstakil (bağımsız) bir haktır. Bilgi alma hakkı üyenin görevlerini yürütmesinin “olmazsa olmaz” bir şartıdır¹⁵. Hâl böyle olunca, yönetim kurulu başkanı, bilgi alma hakkının bireysel hak niteliğini göz ardı edecek işlemler yapmamalıdır. Örneğin, bir konu hakkında bilgi alma talebinde bulunan üyeden, belli sayıda üyenin kendisine destek olmasını istemek, bir başka ifadeyle bir çoğunluğun sağlanmasını beklemek mümkün değildir.

TTK m. 392'ye göre, her yönetim kurulu üyesi şirketin tüm iş ve işlemleri hakkında bilgi isteyebilir, soru sorabilir, inceleme yapabilir. Yönetim kurulu üyesinin bu hakkı, kısıtlanamaz, kaldırılmaz¹⁶. Bilgi alma hakkı TTK m. 392/1 uyarınca “şirketin bütün meselelerini” ilgilendirmektedir¹⁷. Ancak yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma ve inceleme talebi bazı durumlarda reddedilebilir. Meselâ bilgi alma talebi sadece kişisel merakı tatmin etmeye veya şirkete zarar vermeye hizmet edecekse bilgi alma hakkının olmadığı savunulmaktadır¹⁸. Ancak aşağıda da açıklanacağı üzere, yönetim kurulu başkanının özellikle toplantı dışındaki talepler bakımından vereceği izinde, keyfi davranmaması gerekir. Başkan hakkın kullanılmasını kısıtlayıcı ve imkânsız hâle getirici bir bakış açısına sahip olmamalıdır.

TTK m. 392'de sadece bilgi alma hakkının kapsamı değil aynı zamanda bilgi verme süreci de düzenlenmiştir. Aşağıda yer alan açıklamalar bu sürecin meselelerine ve yönetim kurulu başkanının bilgi verme sürecindeki rolüne odaklanmıştır. Bu konu incelenmeden önce, yönetim kurulu başkanı aynı zamanda üye sıfatını haiz olduğundan bilgi alma hakkının işlevi yönünden aşağıda yönetim kurulu üyesi için yapılan açıklamaların başkan açısından da geçerli olduğunu belirtmek gerekir. Yönetim kurulu başkanının toplantı öncesinde ve toplantı sırasında bilgi alma hakkı da yönetim kurulu üyesinin bu hakkı ile aynı şartlara sahiptir. Ancak yönetim kurulu başkanının toplantı dışında bilgi alma hakkı, Türk Ticaret Kanunu'nda üyenin bilgi alma hakkının tanımlandığı 392. maddenin 5. fıkrasında özel olarak düzenlemiştir

¹³ Georg Krneta, *Praxiskommentar Verwaltungsrat*, Bern: Stämpfli, 2005, N. 920; Martin Wernli ve Marco Rizzi, *Basler Kommentar Obligationenrecht II*, Basel. Helbing & Lichtenhahn, 2012, Art 715a Nr. 3; Kalender, s. 59.

¹⁴ Adrian Plüss, *Die Rechtsstellung des Verwaltungsratsmitgliedes*, Zürich: Schulthess, 1990, s. 51; Arslan, Kaya, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı*, Ankara: BTHAE Yayınları, 2001, s. 78; Kalender, s. 59.

¹⁵ Kalender, s. 59 vd.

¹⁶ Thomas Christian Bächtold, *Die Information des Verwaltungsrates, Insbesondere das Recht auf Auskunft und Einsicht gemäss OR Art. 715*, Bern: Stämpfli, 1997, s. 57.

¹⁷ Iwo W. Hungerbühler, *Der Verwaltungsratspräsident*, Zürich: Schulthess, 2003, s. 72; Bächtold, *Die Information des Verwaltungsrates, Insbesondere das Recht auf Auskunft und Einsicht gemäss OR Art. 715*, s. 56; Peter Victor Kunz, “Die Auskunft- und Einsichtsrechte des Verwaltungsratsmitglieds”, *AJP* 5/1994, s. 572-580, s. 576; Krneta, *Praxiskommentar Verwaltungsrat*, Art 715a OR, N. 920.

¹⁸ Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, N. 1499; Bächtold, *Die Information des Verwaltungsrates, Insbesondere das Recht auf Auskunft und Einsicht gemäss OR Art. 715*, s. 131; Krneta, *Praxiskommentar Verwaltungsrat*, Art 715a OR, N. 961; Kunz, “Die Auskunft- und Einsichtsrechte des Verwaltungsratsmitglieds”, s. 574 vd; Kalender, s. 195.

Yönetim kurulu başkanının yukarıda ifade edilen işlevleri, onu şirketin işleyişinde eşit işlem ilkesinin de merkezi yapar¹⁹. Yönetim kurulu başkanı, üyelere mümkün olduğunca eşit bir şekilde bilgi vermelidir. Ancak fonksiyonel sebeplerle mutlak bir eşitlik söz konusu değildir. Kişinin bulunduğu durumlarla ve kişinin işleviyle ilgili olarak, göreceli eşit işlem geçerlidir²⁰.

B. TOPLANTI ESNASINDA BİLGİ ALMA

Yönetim kurulu üyelerinin bilgi tedarik etmesinin öncelikli yeri yönetim kurulu toplantısıdır. Her bir üye toplantı esnasında şirket ile ilgili tüm iş ve işlemler hakkında bilgi alabilir. Toplantı esnasında üyenin bilgi alma talebi söz konusu olduğunda, kural olarak ne başkanın ne de yönetim kurulunun bu konuda bir yetkisi vardır. Ancak yönetim kurulu başkanı veya diğer bir üye, bilgi alma talebinde bulunan üyeye söz konusu bilginin verilmemesi gerektiğini düşünebilir. Bu durumda yönetim kurulu, üyenin bilgi alma talebi hakkında oylama yapabilmelidir²¹. Şayet bilgi alma talebi, yanlış ya da uygunsuz bir gündem maddesinin içine derç edilmişse, yönetim kurulu başkanı bu isteği geçici olarak sonraya bırakabilir ve başka bir zaman uygun bir gündem maddesi altında bilgi alma hakkının kullanılmasını sağlayabilir²².

TTK m. 392/2'ye göre, yönetim kurulu toplantılarında, yönetim kurulunun bütün üyeleri gibi, şirket yönetimiyle görevlendirilen kişiler ve komiteler de bilgi vermekle yükümlüdür. Kanunda her ne kadar “şirket yönetimiyle görevli kişilerden” bahsetmiş ise de, fiili organlar da bilgi vermekle yükümlüdür²³. Yönetim kuruluna dâhil olmayıp şirket idaresinde görev yapan fiili organ olarak kabul edilebilecek kişiler, bilgi verme yükümlülüklerinin varlığına rağmen, yönetim kurulu toplantılarına giremezler. Fakat yönetim kurulu iç yönergesinde bu kimselerin yönetim kuruluna rapor sunması vb. yükümlülükler öngörülebilir. Şayet bu şekilde bir düzenleme varsa, bu kimseler tarafından tedarik edilecek bilginin yönetim kurulu üyelerine ulaşmasını sağlamak yönetim kurulu başkanın yükümlülüğündedir. Başka duruma göre konu hakkında bilgi sahibi şirket idaresinde görevli kişiyi toplantıya davet edebilir, ondan yazılı belgeler talep edebilir ve soruların meselenin özüne uygun bir şekilde cevaplandırılmasının da içinde yer aldığı yönetim kurulu karar tutanağını bizzat oluşturabilir. Ancak yönetim kurulu başkanı tarafından ilgili kişide telefonla bilgi alınması da yeterli kabul edilebilir²⁴.

Yönetim kurulu başkanı bu yükümlülüklerini yerine getirmese ve bir yönetim kurulu üyesinin bilgi alma talebine bu sebeple karşılık verilemezse, ilgili üye şirket idaresinde görevli kimsenin toplantıya davet edilmesini talep edebilir²⁵.

¹⁹ Yönetim kurulu başkanının bilgi filtreleme görevi başkalarıyla paylaşamaz. Bu kural yönetim kurulu başkanı dışındaki CEO pozisyonunda bulunanlar için de geçerlidir. Kalender, s. 145, dipnot 440.

²⁰ Bu sonuca, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 717/2. maddesinin kıyasıyla ulaşılmıştır. Kalender, s. 145, dipnot 441.

²¹ Hungerbühler, *Der Verwaltungsratspräsident*, s. 74.

²² Ibid.

²³ Kunz, “Die Auskunft- und Einsichtsrechte des Verwaltungsratsmitglieds”, s. 576; Wernli ve Rizzi *Basler Kommentar Obligationenrecht II*, Art 715a OR, N. 7.

²⁴ Hungerbühler, *Der Verwaltungsratspräsident*, s. 74.

²⁵ Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, N. 1502a; Bächtold, *Die Information des Verwaltungsrates, Insbesondere das Recht auf Auskunft und Einsicht gemäss OR Art. 715*, s. 110; Hungerbühler, *Der Verwaltungsratspräsident*, s. 74.

C. TOPLANTI DIŞINDA BİLGİ ALMA

a. Genel Olarak

Şirketin faaliyetin gösterdiği şartlar ve piyasa ilişkileri oldukça hızlı bir şekilde değişir. Bu sebeple yönetim kurulu üyelerinin toplantı haricinde de bilgi alabilmesi gerekir. Ayrıca, yönetim kurulu toplantıları belirli aralıklarla yapıldığından ve üye olmaktan kaynaklanan yükümlülükler toplantı dışında da aynen devam ettiği için, üyenin toplantı dışında da bilgi alması zorunlu olabilir. Toplantı dışında bilgi alma talebi, toplantılar ne kadar az gerçekleşirse o kadar çok önem kazanır. TTK m. 392/3'e göre, her yönetim kurulu üyesi, yönetim kurulu toplantıları dışında, yönetim kurulu başkanının izniyle, şirket yönetimiyle görevlendirilen kişilerden, "işlerin gidişi"²⁶ ve "belirli münferit işler"²⁷ hakkında bilgi alabilir ve görevinin yerine getirilebilmesi için gerekliyse, yönetim kurulu başkanından, şirket defterlerinin ve dosyalarının incelenmesine sunulmasını isteyebilir.

Toplantı dışında yönetim kurulu üyeleri arasında da bilgi alışverişi olabilir. Geniş anlamda organ kavramının²⁸ sonucu olarak, şirket yönetimiyle görevlendirilen kişi ifadesinin kapsamına yönetim kurulu üyelerinin de girdiğini kabul etmek gerekir²⁹. Toplantı dışında bir yönetim kurulu üyesinin başka bir üyeden bilgi talebi birçok sebebe dayanabilmektedir. Genellikle, yönetim kurulu tarafından oluşturulan komite veya komisyonların varlığında, burada görev yapan üyeler sıklıkla diğer üyelerin bilgi talebine maruz kalmaktadır. Yönetim kurulu üyeliğine belli bir meslekî bilgisi veya uzmanlığı dolayısıyla seçilen üyelerin de birçok soruya muhatap olması başka bir sebeptir³⁰. Bu gibi durumlarda üyenin başka bir üyeye bilgi vermesi kabul edilmelidir.

Toplantı dışında yönetim kurulu üyeleri arasında cereyan eden bilgi alışverişinde yönetim kurulu başkanının izninin gerekip gerekmediği sorusu akla gelebilir. Her ne kadar üyeler ve diğer yöneticileri geniş anlamda organ kavramına dâhil etmiş olsak da, toplantı dışında bilgi almak bakımından başkanın izninin alınmasında, yönetim kurulu üyelerinden ziyade diğer görevli kişileri anlamak gerekir. Ancak böyle bir kabul yoluyla bir düzen kuralı olan iznin varlığı anlamlı hale gelir. Gerçekten de, bilgi paylaşımı sürecinde düzen, üyeler arasında değil, üyelerin diğer yönetimle görevli kişilerle yaptığı doğrudan temaslarda söz konusudur. Kaldı ki, üyeler

²⁶ "İşlerin gidişi kavramı altında, temel olarak şirketin durumu ve gelişimi anlaşılır. Bu kapsamda kavram; ciro, pazar gelişimi, siparişlerin durumu, depoda bulunan mallardaki değişim, malî durum ve çalışanlarla ilgili bilgiler, satış ve hasılat gelişmeleri, piyasa payı ve rekabet gücü gibi şirketi ilgilendiren en önemli hususları ihtiva etmektedir. Ayrıca münhasır bir iş alanına ilişkin meseleler veya belli bir konuya hasredilerek gruplandırılmış konulara ilişkin durumlar da bu kavram dâhilinde düşünülmelidir" Bkz. Kalender, s. 192 vd; Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, § 13, N. 206; Krneta, *Praxiskommentar Verwaltungsrat*, N. 998 vd; Wernli ve Rizzi, *Basler Kommentar Obligationenrecht II*, Art. 715a N. 9; İsmail Kirca, Feyzan Hayal Şehirali Çelik ve Çağlar Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku C. I, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu*, Ankara: BTHAE Yayınları 2013, s. 717; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2011, s. 1032.

²⁷ "Münferit iş kavramından anlaşılması gereken, sınırlanmış ve ayrıntılı meseleler hakkında olan ve istisnai durumları ilgilendiren bilgilerdir". Ayrıntılı bilgi için bkz. Kalender, s. 193.

²⁸ Doktrinde organ kavramının geniş yorumlandığı görülmektedir. Bkz. Kalender, s. 142.

²⁹ Bächtold, *Die Information des Verwaltungsrates, Insbesondere das Recht auf Auskunft und Einsicht gemäss OR Art. 715*, s. 104; Kalender, s. 142.

³⁰ Bächtold, *Die Information des Verwaltungsrates, Insbesondere das Recht auf Auskunft und Einsicht gemäss OR Art. 715*, s. 105.

arasındaki bilgi akışını yok etmek pratik olarak ta mümkün değildir. Hâl böyle olunca, toplantı dışında yönetim kurulu üyelerinin karşılıklı olarak isteyerek yaptığı bilgi alışverişinde başkanın izni gerekmemektedir³¹

b. İzin

Kanun koyucu, TTK m. 392/3'te, toplantı dışında başkanın izniyle işlerin gidişatı ve münferit işler hakkında bilgi almaktan bahsedilmiştir. Bilgi talebinin yerine getirilmesinde her iki durumda da başkanın iznine gerek duyulmasının yerinde bir tercih olup olmadığı tartışması bir yana, iznin mahiyeti üzerinde durulmalıdır. Başkanın izninin amacı, onun bilgi talebi sürecinden haber olmasını sağlamaktır³². Şirketi yönetmekle görevli kişilerle yapılacak temasın başkanın bilgisine ulaşması ve sürecin sağlıklı bir şekilde başkan tarafından yürütülmesi amaçlanmıştır. Bu yönüyle izni bir düzen normu olarak kabul etmek gerekir.

Yönetim kurulu başkanı izin yetkisini kullanırken keyfi davranmamalıdır. Başkan, kararını verirken üyenin hakkının asıl olduğunu ve hakkının kural olarak sınırı olmayan yapısını dikkate almalıdır. Ancak başkan, üyenin hakkını kötüye kullanıp kullanmadığını da kontrol etmelidir. Yönetim kurul başkanının, bir üyenin bilgi alma hakkını kullanmak adına yaptığı bir talebin reddedilip edilmeyeceğini iyi düşünmelidir. Zira bilgi alma talebi reddedilen bir kimsenin, mahkemeye başvuru imkânını da kullanmış olmak şartıyla sorumluluktan kurtulabileceği unutulmamalıdır. Özetle, gerekli çaba göstermemek sebebiyle bilmemenin mazeret olarak ileri sürülemeyeceği ifade edilebilir³³.

Üyenin talebine izin verilmesi, her zaman bilgi alma hakkının tam anlamıyla kullanılabilmesini sağlamaz. Örneğin, başkanın oldukça basit bir konuda talep edilen bilgi için yönetim kurulu üyesine kapsamlı dosyalar sunması ve dosya yığınları oluşturularak aşırı bilgiye sebep olması daima muhtemeldir³⁴. Bu sebeple yönetim kurulu başkanının talimatıyla ve bir genel kurul kararıyla üyenin bilgi alma hakkını kullanmasını zorlaştıran usuller kabul edilemez. Konu bu açıdan ele alındığında, bilgi alma hakkının tek taraflı emredici hüküm olduğu ortaya çıkar. Zira bir taraf (yönetim kurulu üyesi) aleyhine kısıtlanamayan, buna karşılık esas sözleşme veya yönetim kurulu kararı ile genişletilmeye imkân veren hükümler tek taraflı emredici hükümlerdir³⁵.

Yönetim kurulu başkanının toplantı dışında bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılması bakımından sahip olduğu izin yetkisinden vazgeçebileceği, yönetim kurulunca bilgi alma ve inceleme hakkını kullanmak için üye tarafından verilen dilekçenin reddedilmesi için nitelikli

³¹ Aynı sonuç için bkz. Bächtold, *Die Information des Verwaltungsrates, Insbesondere das Recht auf Auskunft und Einsicht gemäss OR Art. 715*, s. 63; Böckli, *Schweizer Aktienrecht /1996*, N. 1505; Kalender, s. 144.

³² Bächtold, *Die Information des Verwaltungsrates, Insbesondere das Recht auf Auskunft und Einsicht gemäss OR Art. 715*, s. 63; Kalender, s. 142.

³³ Rolf Bär, *Wichtige Neuerungen im revidierten Aktienrecht*, BN 53/1992, s. 393; Jean Nicolas Druey, *Das Informationsrecht des Outsiders*, in *Grundfragen des neuen Aktienrechts*, Symposium Rolf Bär, Bern: Schulthess, 1993, s. 78).

³⁴ Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, §13 N. 168a.

³⁵ Geniş bilgi için bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Yetkin, 2012, s.319.

çoğunluk (meselâ, en az 2/3) şartının getirilebileceği de düşünülmektedir³⁶. Bu tercih yönetim kurulu tarafından hazırlanacak bir iç yönerge ya da kararda ortaya çıkabilir.

Eşit işlem ilkesinin bilgi alma hakkının sınırlanmasındaki bir diğer rolü ise kendini yönetim kurulu başkanının izninde ve bu iznin verilmemesi durumunda konunun bir “üst merci”³⁷ olarak yönetim kuruluna getirilmesinde gösterir. Zira başkanın toplantı dışında bilgi alma talebinde bulunan üyenin talebini incelerken ya da başkan tarafından reddedilen talebin yönetim kurulunda görüşülmesinde, bilgi alma ve inceleme talebi hakkında hangi ölçütlere göre karar verilmesi gerektiği ve talep edilen bilginin işlevselliği ile eşit işlem ilkesi yakın bir ilişki içindedir.

Yönetim kurulunun bütün üyelerine daha evvel verilmiş ve onların hizmetine sunulmuş olan belgeler veya eski yönetim kurulu karar tutanakları da yönetim kurulu başkanının izni olmaksızın müstakbel üye tarafından incelenebilmelidir.

Yönetim kurulu üyesinin bilgi alma ve inceleme hakkını kullanırken bir uzman yardımından yararlanma talebini başkana iletmesi gerekir. Zira anonim şirkette bilgi akışının gerektiği gibi yürütülmesini sağlayan yönetim kurulu başkanıdır³⁸. Başkanın bu talebi reddetmesi, özellikle teknik bilgi gerektiren hususlarda bilgi alma talebinin reddi olarak kabul edilmelidir. Bu durumda üyenin bilgi alma davası açma hakkını kullanması gerekir. Fakat yönetim kurulu başkanının, uzmanın şahsından kaynaklanan sebeplere dayanarak, yönetim kurulu üyesinin talebini kabul etmemesi mümkündür. Meselâ yardımından yararlanılacak uzmanın, piyasada rekabet edilen bir şirketin malî müşaviri olmasında durum böyledir³⁹.

Yönetim kurulu başkanının toplantı dışında bilgi alma hakkını kullanabilmesi için de kurulun izni gerekir. Yönetim kurulu başkanının bilgi alma talebinin kurulca reddedilmesi hâlinde, başkan da mahkemeye başvurabilir.

c. Yönetim Kuruluna Gönderme

Yönetim kurulu başkanının toplantı dışında bilgi almaya ve defterleri veya belgeleri ya da dosyaları inceleme yapmaya yönelik bir talebi reddetmesine ilişkin bir kararı yönetim kuruluna sunar. TTK m. 392/4'e göre, başkan bir üyenin toplantı dışında bilgi alma, soru sorma ve inceleme yapma istemini reddederse, konuyu iki gün içinde yönetim kuruluna getirir. Bilgi alma hakkı kapsamında, yönetim kuruluna gönderme olanağının önemi tartışılmaktadır. Zira yönetim kurulu başkanı görüşünde ısrar etmeyip, bizatihi kurulun bir karar almasını istediği sürece, yönetim kurulu üyesi bir sonraki yönetim kurulu toplantısı vesilesiyle aynı bilgiyi tam

³⁶ Kunz, “Die Auskunft- und Einsichtsrechte des Verwaltungsratsmitglieds”, s. 579; Wernli ve Rizzi, *Basler Kommentar Obligationenrecht II*, Art. 715a. N. 14; Roland, Müller ve Lorenz Lipp, *Der Verwaltungsrat*, Zürich: Schulthess, 1994, s. 87.

³⁷ Bächtold, *Die Information des Verwaltungsrates, Insbesondere das Recht auf Auskunft und Einsicht gemäss OR Art. 715, s. 79*; Krneta, *Praxiskommentar Verwaltungsrat*, N. 951.

³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Wunderer, *Der Verwaltungsrats-Präsident, Aufgaben und Rollen in der Corporate Governance mittlerer bis grosser schweizerischer Publikumsgesellschaften*, s. 215 vd.

³⁹ Benzer görüş için bkz. Oruç Hami Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*, Ankara:Seçkin, 2015, s. 620 vd.

bir şekilde doğrudan talep edebilecektir⁴⁰. Kurulun toplanmaması veya bu istemi reddetmesi hâlinde bilgi talep eden üye, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine başvurabilir. Mahkeme istemi dosya üzerinden inceleyip karara bağlayabilir, mahkemenin kararı kesindir.

Mehaz İsviçre uygulamasında, başkanın konuyu yönetim kuruluna göndermesi için, talebi hakkında red kararı verilen üyenin uygun bir dilekçesi ile başvurması aranmıştır. Şayet üye bir sonraki toplantıya kadar beklemek istemiyorsa başkandan derhal bir toplantının yapılmasını talep edebilir. Tüm yönetim kurulunu bilgi alma veya inceleme yapmaya yönelik talebi reddetmesine ilişkin karar kesindir. Konunun genel kurula getirilmesi mümkün değildir. Bilgi alma talebinin reddine ilişkin yönetim kurulu kararının genel kurula gönderilmesi imkânını tanıyan esas sözleşme veya iç yönerge hükümleri, organlar arasındaki kanuni yetki düzenini ihlâl edeceğinden geçersiz olacaktır⁴¹.

IV. BİLGİ ALMA HAKKININ İHLÂLİNDE BAŞKANIN SORUMLULUĞU

Yönetim kurulu üyesinin görevlerini yerine getirirken bilgiye ihtiyaç duyduğu şüphesizdir. Eğer üye, kendisine düşen yükümlülükleri yerine getiremezse, şirket tarafından açılacak sorumluluk davasıyla karşılaşabilir. Başka bir ifadeyle, bir yönetim kurulu üyesi, ağır bir hukukî sorumluluğa tabi olduğundan, görevini yürütebilmesi için bilgi alma hakkı bulunmaktadır. Mehaz İsviçre uygulamasında da eksik bilgi sebebiyle yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarının söz konusu olduğu davaların sayısında kayda değer bir artış yaşanmıştır⁴².

Zararın oluşması ile üyenin görevini yerine getirmemesi arasında uygun illiyet bağının kanıtlanması gerekir. Ayrıca bu görevi yerine getirememenin eksik bilgiye dayandığının ispatı gerekir. Özellikle yönetim kurulu başkanı tarafından bilgilere erişimin sınırlandırılması ve buna rağmen üyelerin ağır bir sorumluluğunun bulunması çelişkili bir durum yaratır⁴³.

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu ile bilgi alma hakkı arasında çelişkili bir durum olmamalıdır. Yetkiler ve sorumluluk birbiri ile uyum içinde olmalı, yönetim kurulu üyelerinin yetkilerini kullanabilmesi için bilgiye erişimi ve sorumluluk paralel düşünülmelidir. Bu husus anonim şirketler hukukunun önemli bir prensibi olarak kabul görmeli ve üyenin bilgiye erişimi gerçekleştirilmelidir. Zira bilgiye erişimi olmayan bir kimsenin sorumluluk üstelenmesi beklenmemelidir⁴⁴.

⁴⁰ Hungerbühler, *Der Verwaltungsratspräsident*, s. 78; Kunz, “Die Auskunft- und Einsichtsrechte des Verwaltungsratsmitglieds”, s. 577; Wernli ve Rizzi, *Basler Kommentar Obligationenrecht II*, Art 715a OR, N. 12; Krneta, *Praxis-kommentar Verwaltungsrat*, Art 715a OR, N. 1058.

⁴¹ Hungerbühler, *Der Verwaltungsratspräsident*, s. 79; Bächtold, *Die Information des Verwaltungsrates, Insbesondere das Recht auf Auskunft und Einsicht gemäss OR Art. 715*, s. 171; Bökli, *Schweizer Aktienrecht*, N. 1507; Krneta, *Praxis-kommentar Verwaltungsrat*, Art 715a OR, N. 1053; Wernli, *Basler Kommentar*, Art 715a OR, N. 13.

⁴² Peter Forstmoser, “Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit nach Schweizer Recht – Risiken und Möglichkeiten ihrer Vermeidung”, *Liechtensteinische Juristenzeitung*, 1/1984, s. 1.

⁴³ Kalender, s. 99 vd.

⁴⁴ Peter Bökli, *Oberleitung mit mehr Profil*, *NZZ* N. 18, 23.01.1992, s. 37.

TTK m. 392 ile üyenin bilgi alma hakkının asgarî sınırının güvence altına alınmış olması, üyeye bilgi alma hakkı noktasında yeni imkânların getirilmesi, her bir üyenin sorumluluğunun artmasına sebep olmuştur. Bu sebeple yönetim kurulu üyesi, sorumluluktan kurtulmak için bilgi alma hakkını kanuna uygun bir şekilde kullanmak zorundadır. Bununla paralel olarak, yönetim kurulu başkanı da üyelerin bilgi taleplerini TTK m. 392'ye göre yerine getirmelidir. Zira bilgi almak için çabalamasına rağmen, başkan tarafından bu talebi engellenen üye değil, bizzat başkanın sorumluluğunun doğacağı şüpheşizdir. Gerçekten de yönetim kurulu üyelerinin hukukî sorumluluğunda farklılaştırılmış teselsülün kabul edilmesiyle birlikte, bir üye, zarara sebebiyet veren husus hakkında bilgi sahibi değilse sorumluluğu ya azalır veya sorumluluktan tamamen kurtulur. Fakat yönetim kurulu üyesinin bilgi alma ve inceleme hakkı bakımından getirilen yeni düzenleme karşısında, özen yükümlülüğünü, üst yönetim ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirmesi için bilgi tedariki bakımından bir çaba harcaması gerektiği de unutulmamalıdır⁴⁵. Hâl böyle olunca bütün çabasına rağmen bilgi alma hakkı engellenen bir üye değil, bilâkis bilgi alma hakkının kullanılmasını engelleyen başkan sorumlu olacaktır.

Bu sebeple kurul başkanı, bir üyenin bilgi alma hakkını kullanmak adına yaptığı bir talebin reddedilip edilmeyeceğini iyi düşünmelidir. Zira bilgi alma talebi reddedilen bir kimşenin, mahkemeye başvuru imkânını da kullanmış olmak şartıyla sorumluluktan kurtulabileceği unutulmamalıdır⁴⁶.

Yönetim kurulu başkanının bilgi verme çabasında bulunmadığı ispatlandığında gerekli özenin gösterilmesi yükümlülüğünün ihlâl edildiği kabul edilmelidir. Bu durumda makul ve olması gereken çerçevede üyeler için gerekli olan bilgiyi vermeyi ağır kusurlu bir şekilde ihmal eden başkan “bilgi verilmesini imkânını hazırlamaktan kaçınmış” olarak kabul edilir⁴⁷. Burada ağır kusur kavramı oldukça geniş anlaşılmaktadır. Yönetim kurulunun karar alma sürecinde bilgilere erişim noktasında hafif bir kayıtsızlığı ya da pay sahiplerinin çıkarlarının kasten hiçe sayılması ağır kusur olarak kabul edilmektedir⁴⁸. Bu kabulün sonucu olarak yönetim kurulu başkanının her akıl dışı tutumu ağır kusurludur. İş adamı kararı ilkesine ilişkin yabancı mahkeme kararlarında, yönetim kurulu başkanının gerekli özeni gösterip göstermediği incelenirken herkesi memnun edecek bir çözümün bulunamayacağı, yönetim kurulunun somut olayın şartlarına göre bir maliyet ve fayda analizi çerçevesinde makul bir düzeyde bilgi talep etmek durumunda olduğu belirtilmiştir⁴⁹. Ne kadar ve hangi bilginin somut olay bakımından makul bir

⁴⁵ Peter Böckli, Die unentzieharen Kernkompetenzen des Verwaltungsrates, Zürich: Schulthess, 1994, s. 88.

⁴⁶ Bär, *Wichtige Neuerungen im revidierten Aktienrecht*, s. 393; Kalender, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma Hakkı (TTK m. 392)*, s. 99 vd.

⁴⁷ Andrea R. Grass, *Business Judgement Rule, Sbranen der richterlichen Überprüfbarkeit von Management-Entscheidungen in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen*, Zürich: Schulthess, 1998, s.58.

⁴⁸ Ağır kusur kavramının bu kadar geniş bir şekilde düşünülmesinin yargı uygulaması tarafından sınırlandırılacağı ifade edilmiştir. Bkz. Grass, *Business Judgement Rule, Sbranen der richterlichen Überprüfbarkeit von Management-Entscheidungen in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen*, s.59.

⁴⁹ Grass, *Business Judgement Rule, Sbranen der richterlichen Überprüfbarkeit von Management-Entscheidungen in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen*, s. 59.

düzeyde olduğu tespit edilirken, başkan iş adamı kararı ilkesi kapsamında meseleye yaklaşmalıdır⁵⁰.

Yönetim kurulu başkanının, üyelerin makul ölçüde bilgilenmiş olması bakımından gerekli özeni gösterip göstermediği değerlendirilirken bilginin edinme zamanı önemlidir. İktisadi kararlar normal şartlar altında eksik bilgilere dayanarak alınamazlar. Fakat yönetim kurulunun girişimci faaliyetlerde eksik bilgilere dayalı olarak risk içeren kararları alması söz konusu olabilir. Bu sebeple yönetim kuruluna yüklenen bilgi alma yükümlülüğü, yönetim kurulunun girişimci riskini taşımasına ve girişimci kararlar almasına engel olmamalıdır. Özellikle başkan, bilgi verme yükümlülüğü çerçevesinde bilgileri tedarik ederken ve onları kullanırken ticarî bakış açısının azalmasına ya da tamamen ortadan kalkmasına sebep olmamalıdır⁵¹. Bir sorumluluk davası söz konusu olduğunda mahkemeler, yönetim kurulu başkanının bilgi verme yükümlülüğünü ihlâl edilip edilmediğini tespit ederken bu ilke doğrultusunda davranmalıdır⁵².

SONUÇ

TTK m. 392, eski TTK'ye nazaran "başkanın dediği olur" durumunu ortadan kaldırmayı amaçlamıştır. Yönetim kurulu başkanı karşısında, üyelere kapsamlı bir bilgi alma ve inceleme hakkı tanınmıştır. Ayrıca yönetim kurulu başkanı da tıpkı üyeler gibi yönetim kurulu toplantısı dışında istediği gibi bilgi alamayacaktır. Bir başka ifadeyle, başkan toplantı dışında direkt şirket çalışanlarına talimat vererek istediği bilgileri temin edemeyecektir. Aksine toplantı dışında bilgi alma hakkını kullanmak isteyen başkanın da kuruldan izin alması gerekir.

Özellikle toplantı dışında bilgi talep eden üyeye izin verecek olan başkandır. Ancak başkan bu yetkisini kullanırken özenli olmalıdır. Objektif gerekçelerle bilgi alma talebinin reddi mümkün olmalıdır. Zira bilgi alma hakkı da özellikle toplantı dışında kullanıldığında, sınırsız değildir. Ayrıca yönetim kurulu başkanı, mahkemeye müracaat ederek, ilgili üyenin bilgi alma hakkını tedbiren mahkeme kararıyla durdurabilmelidir. Fakat başkan, toplantı dışındaki bilgi alma talepleri bakımından sahip olduğu izin yetkisini bir başkasına devredememelidir.

Yönetim kurulu içinde, bilgi akışının sağlanması ve üyelere ihtiyaç duydukları bilgilerin sağlıklı bir şekilde ulaşması bakımından başkan bir garantördür. Başkan bu yükümlülüğünü özenli bir şekilde yerine getirmese, hem üyeler bilgi alma hakkını mahkeme marifetiyle (bilgi alma davası) kullanabilecek, hem de bilgi temin edemeyen üyenin herhangi bir sorumluluğu doğmayacaktır. Bunun sonunda hukukî sorumluluğun yönetim kurulu başkanı tarafından üstlenilmesi gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Kalender, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma Hakkı (TTK m. 392)*, s. 99 vd.

⁵² Ibid.

KAYNAKÇA

- Bächtold Thomas Christian, Die Information des Verwaltungsrates, Insbesondere das Recht auf Auskunft und Einsicht gemäss OR Art. 715, Bern: Stämpfli, 1997.
- Bär Rolf, Wichtige Neuerungen im revidierten Aktienrecht, BN 53/1992, s. 391- 419.
- Böckli Peter, Die unentziehbaren Kernkompetenzen des Verwaltungsrates, Züerich: Schulthess, 1994.
- Böckli Peter, Oberleitung mit mehr Profil, NZZ N. 18, 23.01.1992, s. 37.
- Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, Zürich-Basel-Genf, Schulthess, 2009.
- Druey Jean Nicolas, Das Informationsrecht des Outsiders, in Grundfragen des neuen Aktienrechts, Symposium Rolf Bär, Bern: Schulthess, 1993.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Yetkin, 2012.
- Forstmoser Peter, “Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit nach Schweizer Recht – Risiken und Möglichkeiten ihrer Vermeidung”, Liechtensteinische Juristenzeitung, 1/1984, s. 1-15.
- Grass Andrea R., Business Judgement Rule, Shranen der richterlichen Überprüfbarkeit von Management-Entscheidungen in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen, Zürich: Schulthess, 1998.
- Hungerbühler Iwo W., Der Verwaltungsratspräsident, Zürich: Schulthess, 2003.
- Kalender Emre, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma Hakkı (TTK m. 392), Ankara: Yetkin Yayınevi, 2017.
- Kaya Arslan, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Ankara: BTHAE Yayınları, 2001
- Kırca İsmail, Şehirali Çelik Feyzan Hayal ve Manavgat Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku C. I, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara: BTHAE Yayınları 2013.
- Krnet Georg, Praxiskommentar Verwaltungsrat, Bern: Stämpfli, 2005.
- Kunz Peter Victor, “Die Auskunft- und Einsichtsrechte des Verwaltungsratsmitglieds”, AJP 5/1994, s. 572-580
- Müller Roland, ve Lipp Lorenz, Der Verwaltungsrat, Zürich: Schulthess, 1994.
- Plüss Adrian, Die Rechtsstellung des Verwaltungsratsmitgliedes, Zürich: Schulthess, 1990.
- Poroy Reha, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009.
- Şener Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2015.
- Waldburger Martin, Die Gleichbehandlung von Mitgliedern des Verwaltungsrates, Bamberg: Haupt, 2002.
- Wernli Martin ve Rizzi Marco, Basler Kommentar Obligationenrecht II, Basel. Helbing & Lichtenhahn, 2012.
- Wunderer Felix Rolf, Der Verwaltungsrats-Präsident, Aufgaben und Rollen in der Corporate Governance mittlerer bis grosser schweizerischer Publikumsgesellschaften, Zürich: Schulthess, 1995.

KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI KANUNUNUN 17. MADDESİ VE YARGITAY KARARLARI DOĞRULTUSUNDA, KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASINA İLİŞKİN SUÇ TEŞKİL EDEN FİİLLER AÇISINDAN UYGULANACAK NORM HAKKINDA DEĞERLENDİRME

EVALUATION ON THE APPLICABLE NORM IN TERMS OF CRIMINAL
ACTS CONCERNING PERSONAL DATA PROTECTION IN ACCORDANCE
WITH ART.17 OF THE PERSONAL DATA PROTECTION LAW AND COURT
OF APPEAL DECISIONS

Dr. Öğr. Üyesi Muammer Ketizmen*

Aslıhan Kart*

ÖZ

Kişisel verilerin korunması hakkı ABD hukukunda “yalnız kalma hakkı” ve günümüzde genel olarak “mahremiyet hakkı” kavramları içerisinde, Kıta Avrupası’nda da benzer bir gelişimle özel hayatın gizliliği hakkı ya da özel hayata saygı kavramları içerisinde incelenegelmıştır. Günümüzde ise bu hak, “kişisel verilerin korunması” başlığı altında “kişilerin kendileri hakkındaki verileri kontrol hakkı” olarak şekillendirilmiştir. Ayrıca özel hayatın bütün alt sınıflarına dair bilginin kişisel veri biçiminde işlenir olması ve dolayısıyla veri mahremiyetinin özel hayatın kapsamında değerlendirilen alanları da kapsayacak şekilde genişlemesi sonucu doğmuştur. Bu çalışmada zikredilen bu son husus doğrultusunda, Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu ile kişisel verilerin korunmasına ilişkin olarak düzenlenen suçlar, tek tek suç incelemesinden ziyade, bilhassa öncelikli olarak Yargıtay kararlarına yansıyan durum açısından ele alınmış; 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu sonrasında, Yargıtay kararlarına bugüne kadar hakim olan yaklaşım ve aynı Kanun’un 17. maddesindeki atıf hükmü karşısında geçerliliği değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler Özel hayatın gizliliği ~ kişisel verilerin korunması ~ veri mahremiyeti ~ Yargıtay ~ suç

* Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı.

0000 0001 6357 2960 muammerketizmen@gmail.com

* Avukat, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi.

0000 0002 9263 630X aslihankart@gmail.com



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.

ABSTRACT

The right to personal data protection is considered within the concepts of the “right to be alone” and then “right to privacy” in US law; with a similar progress in continental Europe, it has been considered within the concepts of “right to privacy” or “right to respect for private life”. These days, this right has been shaped as “the right of individuals to control the data about themselves” under the title of protection of personal data. In addition, it has arisen as a result of the fact that information about all sub-classes of private life is processed in the form of personal data, and therefore data privacy has expanded to include areas considered within the scope of private life. In line with this last point mentioned in this study, the crimes on violation of the privacy of private life regulated in the Turkish Penal Code and the crimes related to the protection of personal data are handled primarily reflected case by case in the Court of Appeal decisions, rather than individually crime elements investigation; after the Law No. 6698 on the Protection of Personal Data, the validity of the approach prevailing in the decisions of the Court of Appeal and the reference provision in Article 17 of the same Law has been evaluated.

Keywords Right to privacy - personal data protection - data privacy - Court of Appeal - crime

I. GENEL OLARAK ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI

Tarihsel gelişimi itibarıyla özel hayat ve özel hayatın gizliliği genel olarak “right to be alone -yalnız kalma hakkı” kavramı içerisinde ifade edilmiş¹ ve sonrasında “right to privacy - mahremiyet hakkı” kavramı içerisinde olgunlaşmış; kişisel verileri de kapsayacak ve bunlar üzerindeki tasarruf iktidarını da karşılayacak bir hak² olarak gündeme gelmiştir. Nitekim *Alan Westin*'in, 1970 tarihli “*Privacy and Freedom*” adlı kitabında özel hayatın gizliliğini, bugün artık kanıksanmış haliyle³ “*kişilerin kendileri hakkındaki verileri kontrol hakkı*” şeklindeki tanımlaması da buna ilişkin en önemli örneklerden biridir⁴.

Bu haliyle gerek Amerikan terminolojisindeki “privacy/ mahremiyet”, gerekse Kıta Avrupası terminolojisindeki “özel hayatın gizliliği” kavramları, önceki dönemlerde daha ziyade alan temelli tanımları (özel alan-sır alanı gibi ayrımlar üzerinden) karşılarken dönem içerisindeki gelişim ile birlikte kişilere ilişkin bilgi ve bu bilginin kontrolünü temel alan bir gelişimi ön plana çıkaracak formda dönüşmüştür.

Bunun hukuk uygulamasındaki karşılığı ise kendini, şüphesiz, mahkeme kararlarında göstermektedir. Alman Anayasa Mahkemesi'nin nüfus sayımı düzenlemeleri hakkındaki 15 Kasım 1983 tarihli kararında sözünü ettiği “(kişinin kendisi hakkındaki) enformasyon üzerindeki self-determinasyon hakkı”nda⁵ veya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) muhtelif kararlarında özel hayat, geniş yorumlanmakta⁶, kişisel verilerin korunması da yine aynı kapsamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) “Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması” başlıklı 8. maddesini tamamlayıcı surette değerlendirilerek hüküm kurulmaktadır⁷. Örneğin, *Leander v. İsveç* kararında (26.03.1987, 9248/81 App. No.)⁸ güvenlik soruşturması yoluyla bilgi toplanması ve bunların doğruluğuna ilişkin olarak başvurucuya itiraz hakkı tanınmaması; *M.G. v. Birleşik Krallık* kararında (24.09.2002, 39393/ 98 App. No.)⁹ sosyal hizmetlerde tutulan ve kişi hakkında bilgi içeren kayıtlara kişinin kendisinin erişiminin engellenmesi;

¹ Sultan Tahmaz Uzeltürk, *Özel Hayatın Korunmasına İlişkin Başlıca Sorunlar*, İstanbul, (2008) (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (s. 95 – 129), s. 97.

² Muammer Ketizmen, *Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008, s. 197.

³ Lee A. Bygrave, *The Place of Privacy In Data Protection Law*, University of South Wales Law Journal, Vol: 24, No: 1, 2001. <http://www.austlii.edu.au/au/journals/UNSWLJ/2001/6.html>.

⁴ Alan F. Westin, *Privacy and Freedom*, New York, 1970, s. 1.

⁵ James Michael, *Privacy and Human Rights: an International and Comparative Study, with Special Reference to Development in Information Technology*, UNESCO, 1994, s. 4.

⁶ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Oğuz Sancakdar, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 385.

⁷ Amann v. İsveç kararında, AİHM, bireyin özel hayatı ile ilgili bilgi toplanmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi kapsamında olduğu, özel hayat teriminin diğer insanlarla ilişki kurma ve geliştirme hakkını, iş ve mesleki faaliyetleri de kapsadığı, kişinin bilinmesini ya bilinebilmesini sağlayan her türlü enformasyona karşılık geldiği hükme bağlanmıştır. (16.02.2000; 27798/ 95 App. No.). Erişim;

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22%3A%22amann%22%2C%22documentcollectionid%22%3A%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22%3A%22001-58497%22%7D>

⁸ <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22%3A%22%22CASE%20OF%20LEAN- DER%20v.%20SWEDEN%22%22%2C%22documentcollectionid%22%3A%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22%3A%22001-57519%22%7D>

⁹ <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22%3A%2239393/%2098%22%2C%22documentcollectionid%22%3A%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22%3A%22001-60642%22%7D>

Z. v. Finlandiya davasında (25.02.1997; 22009/ 93 App. No.)¹⁰ ve *Armonas ve Biriuk vs. Litvanya* davasında (25.11.2008; 36919/ 02 App. No.)¹¹ HIV taşıyıcısı bireyler ile ilgili vakialarda, basının da ulaşabileceği biçimde mahkeme kararlarında ve gazete haberlerinde başvurunun kimliği ve sağlık durumunun yer alması gibi ihlaller AİHS'nin 8. maddesinin ihlali olarak kabullere örnektir.

Keza, 1774 sayılı Kimlik Bildirme Kanunu'na eklenen hüküm ile Bakanlar Kurulu'nca belirlenecek konaklama tesislerinin bilgisayarlarındaki bilgilerin, genel kolluk kuvvetlerinin bilgisayarlarına aktarılacağı düzenlemesi yapılmış, hükme ilişkin norm denetimini yapan Anayasa Mahkemesi 06.01.1999 tarih ve E. 1996/ 68, K. 1999/ 1 sayılı kararında¹² bu bilgilerin her konuda yararlanılmak için değil, sadece 1774 sayılı Kanun'un uygulanmasını sağlamak amacıyla genel kolluk kuvvetlerinin bilgisayarlarına aktarılacağından düzenlendiğinden bahisle iptal talebini reddetmiştir. Söz konusu karar, 1774 sayılı Kanun kapsamında kişiye ilişkin bilgilerin toplanması ve aktarılmasının Anayasa'nın 20. maddesindeki özel hayatın gizliliği kapsamında ele alması açısından önem arz etmektedir. Kaldı ki bu karardan on bir yıl sonra, 2010 yılı Anayasa değişiklikleri ile kişisel verilerin korunması hakkı yine aynı maddede yer bulmuştur.

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 1998 tarihli kararı ile de Meclis'in Kitle İletişim Araçları ve İnsan Hakları Bildirgesi adını taşıyan 1970 (428) nolu kararında, özel hayatın gizliliğinin halihazırdaki tanımına, yeni iletişim teknolojilerinin getirdiği gelişimin de etkisiyle, kişinin kendisi hakkındaki verileri kontrol hakkının da eklenmesi gerektiğine karar verilmiştir¹³.

Söz konusu gelişim içerisinde en geniş anlamıyla özel hayat ve özel hayatın gizliliği, "bölgesel mahremiyet" (konut dokunulmazlığı, kişinin özel kağıtlarının gizliliği gibi), "haberleşmenin gizliliği" (kişinin telefon görüşmelerinin, mektuplarının, e-postalarının korunması gibi), "vücut bütünlüğüne yönelik mahremiyet" (kişiyeye yapılan genetik test, uyuşturucu testi gibi müdahaleler) ve "veri mahremiyeti" (kişisel verilerin işlenmesi sürecinin tümünü kapsayan) şekillerinde sınıflandırılmaktadır¹⁴.

¹⁰ <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22fulltext%22:%5B%22HIV%20finland%22%5D%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%22%5D%22itemid%22:%5B%22001-58033%22%5D%22%7D>

¹¹ <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22fulltext%22:%5B%22Armonas%22%5D%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%22%5D%22itemid%22:%5B%22001-89823%22%5D%22%7D>

¹² Karar için Bkz. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1999/1?KararNo=1999%2F1> (Erişim: Kasım 2020)

¹³ Parliamentary Assembly. *Declaration on mass communication media and Human Rights*. <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=15842&lang=en>. (Erişim: Kasım 2020).

¹⁴ Ketizmen, *Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları*, s. 192-193; EPIC and Privacy International, *Privacy and Human Rights 2002, An I Survey of Privacy Laws and Developments*, 2002, s. 8.

Bilgisayar sistemlerinin yaygınlaşması ve internetin ulaşılabilirliğinin artması ile birlikte ise büyük ölçekteki verilerin hızlı biçimde işlenebilir ve iletilir hale gelmesi, profillemeye teknikleri ve veri gözetiminin, dolayısıyla da veri üzerindeki "self-determinasyon"un azalması ise özel hayata ilişkin gizliliğin korunmasını, bilhassa kişisel veriler açısından, en çok zorlaştıran gelişmelerden biri olmuş; bütün bu alana ilişkin bilgi, en nihayetinde kişisel veri olarak işlenebilir hale bürünmüştür. Muammer Ketizmen ve Eşref Küçük, *TBD Kamu-BİB Kamu Bilişim Platformu X Kişisel Verilerin Korunması 2. Çalışma Grubu Raporu*, Ankara, 17.04.2008. <https://kvkgunce.files.wordpress.com/2020/06/rp2-2008.pdf>

Aktarılan bütün bu alanlara ilişkin enformasyon ve bilginin kişisel veri olarak işlenebilmesi karşısında kişisel verilerin işlenmesi (tüm) süreçlerini kapsayan veri mahremiyetinin özel hayatın gizliliğine ilişkin bütün alanlarla ilişkili olduğu sonucu da çıkmaktadır¹⁵. Nitekim günümüzde bu ayrımın da ötesine geçilerek kişiyi doğrudan ya da dolaylı olarak bilinebilir kılan tüm enformasyon ve bilginin kişisel veri olarak korunması esas alınmıştır. Başta 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (“KVK Kanunu”) olmak üzere kişisel veri tanımını içeren bütün hukuki düzenlemelerde tanım, bu son söylenen husus çerçevesinde düzenlenmiştir.

Bu kavramsal çerçeve kapsamında, aşağıda, öncelikli olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda (“TCK”) yer alan özel hayatın gizliliğini ihlal suçu ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin 135 ve devamında düzenlenen suçlar, tek tek suç ve unsur incelemesine girilmeksizin, Yargıtay kararları doğrultusunda kısaca değerlendirilecek, Yargıtay’ın kararlarına hakim olan yaklaşımın tespiti ve KVK Kanunu’nun 17. maddesindeki atıf hükmü karşısında bu kararlara hakim olan mevcut yaklaşımın geçerliliği incelenecektir.

II. YARGITAY KARARLARINDA ÖZEL HAYAT, KİŞİSEL VERİ VE BUNLARA İLİŞKİN SUÇLAR

Bilindiği üzere, TCK’de, “Kişilere Karşı Suçlar” kısmı bünyesinde “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” bölümü altında¹⁶ 134. maddede “Özel Hayatın Gizliliğini İhlal” suçu, devamında 135. maddede “Kişisel Verilerin Kaydedilmesi”, 136. maddede “Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme” ve 138. maddede “Verileri Yok Etmeme” suçları yer almaktadır.

“Özel Hayatın Gizliliğini İhlal” başlığını taşıyan 134. madde, kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eylemini; gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesi halini ve kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin hukuka aykırı olarak (bir başka hal olarak basın yayın yoluyla) ifşa edilmesi eylemlerini hapis cezası müeyyidesine bağlamıştır¹⁷. 135 ve devamı maddelerde ise (özel nitelikli olan veya olmayan) kişisel verilerin hukuka aykırı kaydedilmesinin; kişisel verilerin, hukuka aykırı olarak bir başkasına verilmesi, yayılması veya ele geçirilmesi eylemlerinin ve kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanların bu görevlerini yerine getirmemeleri eyleminin hapis cezası ile cezalandırılması söz konusudur.

Gerek Genel Veri Koruma Tüzüğü’nün (“GVKT” - “GDPR” - General Data Protection Regulation) ve gerekse KVK Kanunu’nun kişisel veri tanımları incelendiğinde iki metinde de aynı yönde tanımlara yer verildiği; kişisel verinin, “*kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*” olarak tanımlandığı; GDPR’ın ayrıntılarına bakıldığında ise tanımlayıcı unsurlar açısından (md. 4/ 1) “*özellikle bir isim, kimlik numarası, konum verileri, çevrim*

¹⁵ Ketizmen ve Küçük, *TBD Kamu-BİB Kamu Bilişim Platformu X Kişisel Verilerin Korunması 2. Çalışma Grubu Raporu*, s. 20.

¹⁶ İnceleme konusu dışında olan diğer suçlar bir yana bırakılacak olursa.

¹⁷ Ayrıntılı bilgi için Bkz. Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhana Erdem ve R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, 714 vd.; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hüükümler*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s. 541-548.

İçerik tanımlayıcı ya da söz konusu gerçek kişinin fiziksel, fizyolojik, genetik, ruhsal, ekonomik, kültürel veya toplumsal kimliğine özgü bir ya da daha fazla sayıda faktöre atıfta bulunularak doğrudan veya dolaylı olarak tanımlanabilme” diyerek bazı örneklemelerin yapıldığı görülmektedir. KVK Kanunu’nda ise böyle bir örnekleme üzerinden belirlenebilirlik açıklaması yapılmamış, Kanunun gerekçesinde kişinin tanımlanabilir hale gelmesi durumu, “*kişinin fiziksel, ekonomik, kültürel, sosyal veya psikolojik kimliğini ifade eden somut bir içerik taşıması veya kimlik, vergi, sigorta numarası gibi herhangi bir kayıtla ilişkilendirilmesi sonucunda kişinin belirlenmesini sağlayarak tüm halleri kapsar*” denilerek ifade edilmiştir¹⁸.

Konu, suç fiilleri açısından ele alındığında, özellikle kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü ve/veya seslerin hukuka aykırı olarak işlenmesi, ifşası, yayılması söz konusu ise TCK’nin 135, 136 ve 138. maddeleri ile 134. maddesi hükmünün yarısır olduğu söylenebilir ki, yargıdaki değerlendirme de bu minvaldedir.

Yargıtay 12. Ceza Dairesi’nin¹⁹, KVK Kanunu öncesine denk düşen tarihlerde, kişinin görüntüsünün, fotoğrafının, sesinin TCK’nin 135 ila 140 maddeleri bağlamında kişisel veri olmadığı veyahut olmakla birlikte özel hayata dair olup olmadığı yönünde vurgu yaparak hüküm kurmakta olduğu görülmektedir.

Örneğin, fiilen ayrı yaşayan eşlerden kadının, kocanın yatak odasına ses kayıt özelliği açık biçimde cep telefonunu bırakması ve ses kaydı yapması olayında 12. Ceza Dairesi, bu eylemin, TCK’nin 134. maddesinin ihlali olduğuna karar verirken kişinin özel hayatına ilişkin görüntüsünün, fotoğrafının ya da sesinin, yasal anlamda, TCK’nin 135. maddesi kapsamında kişisel veri olarak değerlendirilemeyeceğini savunmuş ve şöyle bir kişisel veri tanımı yapmıştır:

“(Kişinin, yetkisiz üçüncü kişilerin bilgisine sunmadığı, istediğinde başka kişilere açıklayarak ancak sınırlı bir çevre ile paylaştığı, herkes tarafından bilinmeyen ve/veya kolaylıkla ulaşılması ve bilinmesi mümkün olmayan, kişinin kimliğini belirleyen veya belirlenebilir kılan, kişiyi toplumda yer alan diğer bireylerden ayıran ve onun niteliklerini ortaya koymaya elverişli, gerçek kişiye ait her türlü bilgi”²⁰.

Bu tanıma bakılacak olursa Daire, bir dönem kişisel veriyi, “ancak herkesin ulaşamayacağı, sınırlı çevrenin bildiği, kişiyi toplumdan ayıran” gibi tabirlerle izah etmiştir.

KVK Kanunu’nun yürürlüğünden önce de bazı örnekler görülmekle birlikte esas olarak yürürlüğünden itibaren 12. Ceza Dairesi’nin kişisel veriye yaklaşımında bir değişim gözlemlenmektedir. Daire, kural olarak, bir özel hayat görüntüsünün veya ses kaydının kişisel veri olduğunu kabul etmekle birlikte görüntü veya ses kaydının içeriğini ve niteliğini incelemekte; şayet ilgili kayıt kişinin başkalarının görmesini ve bilmesini istemeyeceği “özel yaşam alanına” ilişkin ise 134. maddenin; özel yaşam alanına dahil edilemeyecek bir içerik ise 135 ve 136. maddelerin konusu olabileceğine hükmetmektedir. Dikkat edilecek olursa burada bilginin/

¹⁸ <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5388/Madde-ve-Gerekcesi-ile-Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanunu-Bilgi-Notu-ve-Kisisel-Verilerin-Korunmasina-Iliskin-Terimler-Sozlugu>

¹⁹ Yargıtay Büyük Genel Kurulu kararları uyarınca Yargıtay 12. Ceza Dairesi, TCK md. 132 – 140 arasında düzenlenen suçlara bakmaktadır.

²⁰ Örneğin, Yargıtay 12. C.D., 13.10.2014 tarih ve E. 2014/ 4964, K. 2014/ 19495; benzer biçimde Yargıtay 12. C.D., 26.01.2015 tarih ve E. 2014/ 19700, K. 2015/ 1219; Yargıtay 12. C.D., 19.01.2015 tarih ve E. 2014/ 11938, K. 2015/ 593 sayılı kararları.

enformasyonun/ verinin içeriğini oluşturan husus, özel alan - sır alanı - herkesçe bilinen alan şeklindeki klasik ayırım esas alınarak sınıflandırmaya tabi kılınmaktadır²¹.

Örneğin, Daire, kişilerin kendi sosyal medya profillerinde paylaştıkları ve kişisel veri niteliğindeki fotoğrafların kopyalanarak kişileri küçük duruma düşürmek amacıyla hazırlanan bir video içeriğinde kullanılması olayında, mezkur fotoğrafların kişilerin günlük kıyafetleriyle ve poz vererek çektikleri fotoğraflar olduklarına²²; bir başka kararına konu olayda ise bir kadının, arkadaşının düğününde poz vererek çektiği fotoğrafın başkalarının görmesini ve bilmesini istemeyeceği özel yaşam alanına ilişkin bir görüntü olarak kabul edilemeyeceğine, ancak bunların kişisel veri olduğuna, bu fotoğrafın hukuka aykırı surette başkalarına yayılmasının TCK'nin 134/ 2 fıkrası uyarınca özel hayatın gizliliğini ihlal değil, 136/ 1 maddesinde tanımlanan verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunu oluşturduğuna²³ kanaat getirmiştir.

Benzer biçimde, sanıklardan birinin, diğer sanığa, mağdurların rızaları olmaksızın çektiği müstahcen fotoğraflarını göndermesi TCK'nin özel hayatın gizliliğini ihlali düzenleyen 134. maddesinin, mağdur kadınlara ait kişisel veri niteliğindeki cep telefonu numaralarını hukuka aykırı olarak ele geçirmesi ise TCK'nin verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirmeyi düzenleyen 136. maddesinin ihlali olarak görülerek ceza tesis edilmiş²⁴; kişilerin kişisel verisi niteliğindeki cep telefonu numaralarının hukuka aykırı biçimde elde edilmesi eyleminin verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunu oluşturduğuna, TCK'nin 136/ 1. maddesinin uygulanması ihtimali göz ardı edilerek 134/ 1. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan beraat hükmü kurulmasının kanuna aykırı olduğuna²⁵ karar verilmiştir.

Kişinin kendisinin daha önce Facebook sayfasında yayınladığı ve sadece baş ve yüzünün görüldüğü fotoğrafın özel yaşam alanına ilişkin olmadığından, bu fotoğrafın sahte profil hesaplarında kullanılmasının TCK'nin 136/ 1 maddesi uyarınca hukuka aykırı ele geçirme ve verme kapsamında olduğu ve 134. madde uyarınca özel hayatın gizliliğinin ihlali olmadığı

²¹ Nitekim yakın tarihli bir kararında da Daire kişisel veri tanımını daha önceki kararlarındaki yaklaşımından uzaklaşarak genişletmiş ve “*Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 17.06.2014 tarihli, 2012/1510 esas, 2014/331 sayılı kararında da vurgulandığı üzere; TCK'nin 135 ve 136. maddelerindeki kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemelerde sadece sır niteliğinde kişisel verilerin korunacağına ilişkin bir hükmün bulunmaması ve aksine 135. maddenin gerekçesinde gerçek kişiyle ilgili her türlü bilginin kişisel veri olarak kabul edilmesi gerektiğinin belirtilmesi karşısında, her türlü kişisel verinin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi, başkasına verilmesi, yayılması ve ele geçirilmesi fiilleri TCK'nin 135. maddesindeki kişisel verilerin kaydedilmesi ve aynı Kanun'un 136. maddesindeki verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçlarını oluşturur. Bu nedenle herkes tarafından bilinen ve/veya kolaylıkla ulaşılabilecek ve bilinmesi mümkün olan kişisel bilgiler de yasal anlamda "kişisel veri" olarak kabul edilmektedir*” demiştir. Yargıtay, 12. C.D., 08.01.2020 tarih ve E. 2019/ 973, K. 2020/ 218 sayılı kararı.

²² Yargıtay 12. C.D., 08.02.2017 tarih ve E. 2015/ 11703, K. 2017/ 870; 04.04.2018 tarih ve E. 2017/7385, K. 2018/3977; 21.11.2018 tarih ve E. 2018/4871, K. 2018/ 11061 sayılı kararları.

²³ Yargıtay 12. C.D., 11.04.2018 tarih ve E. 2017/ 7399, K. 2018/ 4291 sayılı kararı.

²⁴ Yargıtay 12. C.D., 24.05.2017 tarih ve E. 2015/ 17029, K. 2017/ 4256 sayılı kararı.

²⁵ Yargıtay 12. C.D., 09.11.2016 tarih ve E. 2015/ 9893, K. 2016/ 12504; 15.5.2019 tarih ve E. 2018/8221, K. 2019/6189 sayılı kararları.

yönünde yerinde değerlendirmeler²⁶ az sayıda da olsa görülmekte ise de hala içtihat eğiliminin sözünü ettiğimiz karmaşayı yaşadığı görülmektedir.

Halen, pek çok vakıda, kişisel veri de teşkil eden fiziksel mahremiyete ilişkin çıplak fotoğraflar, özel yaşam alanı kapsamındaki görüntülerin internet üzerinden başkalarının görüşüne sunulması, cinsel ve fiziksel mahremiyete ilişkin -gerçek kişilerin belirlenebildiği- rıza dışında kaydedilen görüntülerin internette yayınlanması gibi²⁷ eylemlerin Yargıtay tarafından kişisel veri olarak kabul edilmeyerek doğrudan 134. madde çerçevesinde hüküm kurulduğu görülmektedir.

Söz konusu kararlar incelendiğinde Yargıtay klasik ayırım içerisinde sır alanı ya da özel alan içerisinde kalan ses ve görüntüler kullanılarak gerçekleştirilen eylemlerin TCK'nin 134. maddesinde düzenlenen suçu oluşturduğu sonucuna varmakta, buna karşın bahsi geçen alanlara dahil olmaması durumunda ise kişisel verilerin korunmasına ilişkin suçlar kapsamında değerlendirme eğilimi göstermektedir. Bu kararlar normların içtımai açısından önemli bir değerlendirmeyi içermekte olup aşağıda bu hususa değinilecektir.

III. KVK KANUNU'NUN 17. MADDESİ DOĞRULTUSUNDA NORMLARIN İÇTİMAİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

A. GENEL OLARAK

Bilindiği üzere bir fiile ilişkin olarak TCK'de düzenlenen birden fazla hükmün uygulanması durumunda uygulanma alanı bulunan hükümlerin niteliği açısından duruma göre ya fikri içtımaya ya da normların içtımai yoluna gidilebilmektedir²⁸. Fikri içtımaya, TCK'deki düzenlemeler doğrultusunda aynı neviden ve farklı neviden içtımaya olarak ikiye ayrılmakta ve farklı neviden fikri içtımaya olarak da adlandırılan fikri içtımaya hükmü TCK'nin 44. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre failin, işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet vermesi fikri içtımaya oluşturur ve fail, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır²⁹. Ancak bu içtımaya ettirme, “tek suç sayma”, yalnızca cezanın tayini açısından önemlidir. Zira bir fiil ile işlenen birden fazla farklı suç bağımsız olarak varlığını korumaktadır³⁰. Bu sayede, herhangi bir nedenle en ağır cezayı gerektiren suç ortadan kalkar ise, sıradaki en ağır cezaya sahip olan suç devreye girecek ve dolayısıyla fail, diğer suç veya suçlardan sorumlu olacaktır³¹. TCK'nin 43/ 2. fıkrasındaki düzenlemede ise bundan farklı olarak aynı fiille

²⁶ Yargıtay 12. C.D., 15.5.2019 tarih ve E. 2018/8198, K. 2019/6187 sayılı kararı.

²⁷ Yargıtay 12. C.D., 22.1.2020 tarih ve E. 2019/3737, K. 2020/843; 5.9.2018 tarih ve E. 2017/6452, K. 2018/7809; 18.9.2019 tarih ve E. 2018/8360, K. 2019/9056; Yargıtay 4. C.D., E. 2014/50490, K. 2019/5541 sayılı kararları.

²⁸ Kayıhan İçel, *Suçların İctımai*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 1762, Sermet Matbaası, 1972, s. 9.

²⁹ Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara, Savaş Yayınevi, 2018, s. 367.

³⁰ Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 551. Diğer yandan, suçların bağımsızlıklarını korumaları karşısında tek ceza verilmesinde, “mükerrer değerlendirme yasası” ve “haksızlık içeriğinin tüketilmesi” ile açıklanır. Neslihan Göktürk, *Fikri İctımaya (Suçların İctımai)*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 66 – 72. Ayrıca “erime sistemi” ifadesi kabulü için Bkz. İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 642.

³¹ Zeki Hafızoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, US-A Yayıncılık, 2015, s. 359.

suçun birden fazla kişiye karşı işlenmesi hali düzenlenmekle doktrinde bu husus da aynı neviden fikri içtima olarak incelenmektedir³².

Aşağıda inceleme konusunu oluşturan suçların esasında en geniş anlamda Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen kişisel verilerin korunmasını da kapsayacak şekilde özel hayatın gizliliğini korumaya yönelik olduğu açıktır. Bu nedenle fikri içtima oluşabilmesi açısından, tek bir fiil ile ihlal edilen suçların farklı hukuki konuları koruması gerektiğinden ve aynı hukuki konuyu ihlal halinde³³ normlar içtimaı açısından genel norm - özel norm ilişkisi oluşacağından, söz konusu hükümler bakımından fikri içtima hükümlerinin uygulanamayacağı sonucuna ulaşılr³⁴.

Nitekim Yargıtay da buna paralel olarak özel hayat ve kişisel veri açısından TCK'yi uygularken normun koruma alanları ve fiillerin nitelikleri üzerinde bir ayrıma gitmekte, eylemin özel hayata ilişkin klasik ayırım içerisinde yer alan özel alan ve sır alanına ilişkin olması durumunda özel hayatın gizliliği kapsamında, aksi durumda da kişisel verilerin korunmasına ilişkin suçlar kapsamında değerlendirme yapmaktadır³⁵.

Söz konusu yaklaşım asıl olarak normların içtimaı kapsamında bir muhakemeyi içermekte, norm çatışması açısından genel norm - özel norm tespiti suretiyle sorun çözülmektedir. Örnekleri sunulan kararlar doğrultusunda Yargıtay'ın kişisel veriyi, özel hayatı da içerisine alan (en azından "kayıt" fiilinin gerçekleşmesi durumunda) daha geniş bir kavram olarak kabul ettiğini, buradan yola çıkarak da kişisel verilerin korunmasına ilişkin suçlara göre (TCK'nin 135 ve devamı maddeleri) özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu özel norm olarak kabul ettiğini söylemekte sakınca bulunmamaktadır. Bu da kişisel verilerin tanımı ve kapsamına ilişkin yukarıda aktarılan hususlar ile paralel bir yaklaşımı sunar.

Diğer yandan Yüksek Mahkeme'nin, bir eylemin TCK'nin 134/ 2. maddesinin mi, yoksa 136/ 1. maddesinin mi ihlali niteliğinde olduğuna karar verirken ihlale konu verilerin kayıt ve nakil yöntemlerini de değerlendirmeye aldığı anlaşılmaktadır. Örneklendirmek gerekirse, kişisel verilerin, üzerinde yazılı olduğu belgenin bulunduğu yerden alınması, yazının başka bir kağıt, defter vb. nesne üzerine geçirilmesi, taşınabilir belleğe veya CD'ye aktarılması, yani başka bir nesne üzerine taşınarak sabitlenmesi, böylece istenildiğinde tekrar kullanılabilirliğinin sağlanması, kişisel verilerin ele geçirilmesi olmakla birlikte kişisel verilerin kaydedilmeden önce öğrenilmesi, hafızada tutulan kişisel verilerin başkalarına açıklanması, kişisel verilere

³² Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 548; Muharrem Özen, "Ceza Hukukunda Fikri İçtima", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 73, 2007, s. 140 - 141; bunun "yeni bir zincirleme suç hali" olduğuna dair Bkz. Veli Özer Özbek, *TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı Gerekeçeli-İçtibatlı)*, 2006, s. 518 vd.

³³ Kayıhan İçel, "Görünüşte Birleşme (İçtima) Halleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 7 (14), 2008, s. 40.

³⁴ "Yasaların teklifi/ görünüşte içtima" bağlamında her iki normun da aynı hukuki değeri koruması hali ile ilgili ayrıntı için Bkz. İçel, "Görünüşte Birleşme (İçtima) Halleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu", s. 36; Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 660 ve aynı sayfa dn. 1175; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 566.

³⁵ Erdoğan - Keskin, özel hayat ve sır çevresi kapsamında korumanın değerlendirilmesi gerektiğini söylemektedir. Yine özel hayat ve sır çevresinin kişilik hakları kapsamında olduğuna dair Bkz. İhsan Erdoğan ve Dilşad Keskin, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, Ankara, Gazi Kitabevi, 2019, s. 284 - 285.

salt duyu organları aracılığıyla vakıf olunması özel hayatın gizliliğini ihlal suçu kapsamında olacaktır³⁶.

Yine Daire'ye göre, TCK'nin 136/ 1. maddesi uyarınca kişisel verilerin verildiğinin, yayıldığıнын veya ele geçirildiğinin kabul edilebilmesi için bir "kaydedilme şartı" bulunmaktadır. Mezkûr eylemlere konu kişisel verilerin kaydedilmiş halde bulunması, kaydedilmiş haliyle başkalarına verilmesi, yayılması ya da ele geçirilmesi gerekmektedir³⁷. Daire'ye göre böyle bir kayıt söz konusu değilse kişisel verilerin hukuka aykırı ele geçirilmesinden, verilmesinden ve/ veya yayılmasından söz edilemeyecektir.

Yargıtay'ın söz konusu kararlarında dayandığı ölçüt, çok da belirli olmayan ya da geniş bir alanı kapsayan özel hayatın gizliliğine ve kişisel verilere ilişkin suçlar açısından uygulanacak normun belirlenmesini sağlamaya yönelik olmasına karşın 6698 sayılı KVK Kanunu'nun "Suçlar" başlıklı 17. maddesinde yer alan hüküm, uygulanacak normun tespiti açısından, özel bir düzenlemeye yer verilmesiyle konuyu tartışmalı bir hale büründürmüştür.

B. KVK KANUNU'NA AYKIRILIK TEŞKİL EDEN FİİLLERE İLİŞKİN TCK'DE UYGULANACAK NORMUN TESPİTİ

Bilindiği üzere 2016 yılında kabul edilen 6698 sayılı KVK Kanunu, kişisel verilerin korunması ya da diğer bir ifade ile kişisel verilerin işlenmesine ilişkin usul ve esasların düzenlenmesi açısından, kanunlaştığı günden itibaren gerek Kanun'un uygulanmasına ilişkin olarak gerekse Kanun uyarınca Kişisel Verileri Koruma Kurulu kararlarıyla uygulanan idari para cezaları açısından gündemde yerini almıştır. Adı geçen Kanun genel olarak incelendiğinde kimliği belirli ya da belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilginin ilk elde edilmesi anından itibaren gerçekleştirilen her türlü işlemi kapsayacak şekilde kişisel verilerin işlenmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemiştir. Bu kapsamda Kanun'da da kabahatler ve suçlar açısından bir ayrıma gidilerek idari cezalara ilişkin düzenlemeler ve idari ceza konusu fiiller Kanun'un pek çok maddesinde ve bilhassa 18. maddesinde açıkça düzenlenmiş, suçlara ilişkin düzenlemeler açısından 17. maddedeki düzenleme ile yetinilmiştir.

KVK Kanunu'nun 17. maddesine göre;

"(1) Kişisel verilere ilişkin suçlar bakımından 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 135 ila 140 ıncı madde hükümleri uygulanır.

(2) Bu Kanunun 7 nci maddesi hükmüne aykırı olarak; kişisel verileri silmeyen veya anonim hâle getirmeyenler 5237 sayılı Kanunun 138 inci maddesine göre cezalandırılır."

Bu hüküm incelendiğinde ikili bir ayrıma gidildiği; 2. fıkrasında yer alan düzenleme ile öncelikli olarak TCK'nin 138. maddesinde düzenlenen suçun unsurlarının genişletildiği görülmektedir. Şöyle ki;

TCK'nin 138. maddesi incelendiğinde kanunlarda belirlenen sürelerin geçmesine karşın sistemde yer alan verilerin yok edilmesinin düzenlendiği görülür. KVK Kanunu'nun 17/ 2. fıkrası ise aynı Kanun'un 7. maddesindeki düzenlemeye atıf yaparak sadece kanunlardaki

³⁶ Yargıtay 12. C.D., 7.3.2018 tarih ve E. 2017/12083, K. 2018/2539 sayılı kararı.

³⁷ Yargıtay 12. C.D., 9.11.2016 tarih ve E. 2015/9893, K. 2016/12504 sayılı kararı.

sürelerin sona ermesi değil, herhangi bir süre belirlenmemiş olsa da işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkması durumunda da kişisel verilerin yok edileceği veya anonim hale getirileceği ifade edilmiştir. Bu açıdan işlenme sebebi ve yine işlenmeyi meşru kılan amaç ortadan kalktığına KVK Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca kişisel verinin silinmesi ve yok edilmesi gerekmektedir; buna ilişkin olarak sürenin belirlenmesinde de işlenme sebepleri ve amaçları önem arz etmektedir. Nitekim KVK Kanunu'na göre düzenlenmiş olan Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmelik'te buna ilişkin saklama ve imha süreleri ile yılda en az iki kez olmak üzere imha periyotlarının belirlenmesi öngörülmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus yok etme ya da anonimleştirme açısından kanuni bir süre öngörülmemiş olsa dahi imhaya ilişkin kanuni bir yükümlülüğün getirilmiş olmasıdır. Bu açıdan KVK Kanunu'nun 17/ 2. fıkrası doğrultusunda TCK'nin 138. maddesini kanuni sürelerin geçmesi veya işlenme sebeplerinin ortadan kalkması halinde yok etme yükümlülüğünü düzenleyen bir düzenleme olarak anlamak gerekmektedir.

KVK Kanunu'nun 17/ 2. fıkrası dışında kalan haller bakımından ise aynı maddenin 1. fıkrasında “*Kişisel verilere ilişkin suçlar bakımından 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 135 ila 140 ıncı madde hükümleri uygulanır*” hükmü ile yetinilmiştir. Konumuz açısından asıl olarak bu hüküm önem arz etmektedir.

Öncelikli olarak belirtmek gerekirse KVK Kanunu'nun “Kapsam” başlıklı 2. maddesinde “*Bu Kanun hükümleri, kişisel verileri işlenen gerçek kişiler ile bu verileri tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla işleyen gerçek ve tüzel kişiler hakkında uygulanır*” hükmüne yer verilmesi aynı Kanun'un 28. maddesinin 1. fıkrasında da KVK Kanunu'nun uygulanmayacağı durumların belirtilmesi karşısında “kişisel verilere ilişkin suçlar”dan anlaşılması gerekenin adı geçen Kanuna tabi kişilerin bu Kanuna aykırı filleri olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Dolayısıyla bu hüküm KVK Kanunu kapsamı dışında kalan kişisel verilere ilişkin hukuka aykırı fiiller açısından uygulanacak maddeyi belirleyici nitelikte değildir. Buna karşın Kanun kapsamında olan faaliyetlerin gerçekleştirilmesinde ortaya çıkan hukuka aykırı fiiller açısından TCK kapsamında uygulanacak hükümler TCK'nin 135 ila 140 maddeleri ile sınırlandırılmıştır.

Hal böyle olunca KVK Kanunu kapsamındaki bir işleme faaliyeti ile ilgili olarak hukuka aykırı bir işlem gerçekleştirildiğinde Yargıtay kararlarında görülen “özel hayata ilişkin veri”/ “diğer kişisel veri” ayrımı tartışılır hale gelmektedir. Nitekim KVK Kanunu'ndaki kişisel veri tanımındaki esas alınan ölçüt kişisel verinin kimliği belirli ya da belirlenebilir gerçek bir kişiye ait olmasıdır. Bunun ötesinde, kişisel veriyi oluşturan enformasyon ya da bilginin içeriğinin ne ve neye ilişkin olduğu noktasında KVK Kanunu'ndaki tek ayırım özel nitelikli kişisel verinin belirlenmesi hususunda yapılmıştır. Buna göre KVK Kanunu'nun 6/ 1. maddesinde sayma suretiyle, hassas veri olarak da adlandırılan özel nitelikli kişisel veri sınırlı sayıda belirlenmiştir. Buna göre “*Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel*

*nitelikli kişisel veridir*³⁸. Bu noktada KVK Kanunu'nun uygulanması açısından ayırım, kişisel verinin özel nitelikli olup olmadığı noktasında toplanmakta, kişisel verinin Yargıtay tarafından yapılan ayırım kapsamında kişinin özel yaşantısına ait olması ya da diğer kişisel veri olması hususu herhangi bir önem arz etmemektedir.

Sonuç olarak KVK Kanunu'nun 17. maddesinin atf hükmü karşısında, adı geçen Kanuna tabi kişiler, kişisel verilere ilişkin suçlar açısından TCK kapsamında uygulanabilecek hükümlerin açıkça belirlenmiş olması nedeniyle, Yargıtay tarafından uygulanacak hükmün tespiti açısından yukarıda ayrıntılı olarak aktarılan ölçüt (özel hayatına ilişkin veri/ diğer kişisel veri ayırımı), KVK Kanunu açısından 17. madde gereği geçerliliğini yitirmiştir.

IV. SONUÇ YERİNE

KVK Kanunu'nun 17. maddesinde mevcut atf hükmü olmadan da (maddenin 2. fıkrasında verileri yok etmeme suçu açısından suçun unsurlarını genişleten hüküm dışında) kişisel verilerin korunması ile ilgili hukuka aykırı fiillerin değerlendirilmesi açısından herhangi boşluk söz konusu olmayacaktı. Yukarıda da aktarıldığı üzere Yargıtay kararları ile de özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin suçlar açısından içtima sorunu genel olarak belirli ölçütler esas alınarak çözülebilmekteydi. Lakin KVK Kanunu'nun 17. maddesindeki hüküm ile KVK Kanunu kapsamında olan faaliyetlerde işlenen hukuka aykırı fiiller açısından doğrudan TCK'nin 135-140. maddeleri uygulanma alanı bulacaktır. Bu haliyle Yargıtay'ın, açıkça ifade etmese de, normların içtimaı açısından suç oluşturan hareketlerin niteliğini, normun koruma alanını, klasik ifade ile özel alan - sır alanı olarak belirlemesi yönündeki içtihadı KVK Kanunu kapsamındaki fiiller açısından kanunun açık atfı gereği uygulanabilir olmaktan çıkmıştır.

Bu da Yargıtay kararlarında yer verilen ölçütler esas alındığında, aynı fiillere ilişkin, KVK Kanunu kapsamında olup olmamaya göre, TCK'de uygulanacak olan kanun maddesinin farklı olması sonucunu doğurabilecektir. Diğer bir deyişle, aynı nitelikteki bir fiil KVK Kanunu kapsamında sayılacak hallerden birine ilişkin ise fail, KVK Kanunu'nun 17. maddesinin açık atfı karşısında, TCK'nin 135-140 maddeleri ile yargılanacak iken fiilin KVK Kanunu kapsamında sayılmayan bir hale ilişkin olması halinde Yargıtay kararlarından da hareketle TCK'nin 134. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu sayılabilecektir.

Bu sorunun kaynağı, KVK Kanunu'nun 17/ 1. fıkrasında yer alan “*Kişisel verilere ilişkin suçlar bakımından 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 135 ila 140 ıncı madde hükümleri uygulanır*” yönündeki hükümdür. Bu düzenlemenin KVK Kanunu kapsamında gerçekleştirilen fiiller açısından somut duruma göre TCK'de yer alan diğer suçların da uygulanmasına olanak sağlayacak şekilde yeniden düzenlenmesi gerekir.

³⁸ TCK'nin 135. maddesinde özel nitelikli kişisel veri grubuna yer verildiğini görmekte birlikte her iki kanun bu nitelikteki veri açısından birbiri ile tam olarak örtüşmemektedir. TCK'nin 135. maddesinin 2. fıkrasına göre “*Kişisel verinin, kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, irki kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin olması durumunda birinci fıkraya uyarınca verilecek ceza yarı oranında artırılır.*”

KAYNAKÇA

- Bygrave, Lee A., The Place of Privacy In Data Protection Law, University of South Wales Law Journal, Vol: 24, No: 1, 2001. <http://www.austlii.edu.au/au/journals/UNSWLJ/2001/6.html>).
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- EPIC and Privacy International, Privacy and Human Rights 2002, *An I Survey of Privacy Laws and Developments*, 2002.
- Erdoğan, İhsan ve Dilşad Keskin, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, Ankara, Gazi Kitabevi, 2019.
- Göktürk, Neslihan, *Fikri İctima (Suçların İctimai)*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Hafizoğulları, Zeki ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, US-A Yayıncılık, 2015. <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=15842&clang=en>. (Erişim: Kasım 2020).
- İçel, Kayıhan, "Görünüşte Birleşme (İctima) Halleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 7 (14), 2008.
- İçel, Kayıhan, *Suçların İctimai*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 1762, Sermet Matbaası, 1972.
- Ketizmen, Muammer ve Eşref Küçük, *TBD Kamu-BİB Kamu Bilişim Platformu X Kişisel Verilerin Korunması 2. Çalışma Grubu Raporu*, Ankara, 17.04.2008. <https://kvkgunce.files.wordpress.com/2020/06/rp2-2008.pdf>
- Ketizmen, Muammer, *Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019.
- Michael, James, *Privacy and Human Rights: an International and Comparative Study, with Special Reference to Development in Information Technology*, UNESCO, 1994.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Özbek, Veli Özer, *TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı Gerekçeli-İctihatlı)*, 2006.
- Özen, Muharrem, "Ceza Hukukunda Fikri İctima", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 73, 2007.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Parliamentary Assembly. *Declaration on mass communication media and Human Rights*.
- Tahmaz Uzeltürk, Sultan, *Özel Hayatın Korunmasına İlişkin Başlıca Sorunlar*, İstanbul, (2008) (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (s. 95 – 129).
- Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve Oğuz Sancakdar, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004.
- Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Toroslu, Nevzat ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara, Savaş Yayınevi, 2018.
- Westin, Alan F., *Privacy and Freedom*, New York, 1970.
- <https://hudoc.echr.coe.int>; <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> ;
- <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> ; <https://www.kvkk.gov.tr>

HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARININ SANIK HAKKINDA SONUÇ DOĞURMAMASI ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

AN EVALUATION ON THE FACT THAT THE DECISION ON DELAYING THE PRONOUNCEMENT OF THE JUDGMENT HAS NO CONSEQUENCES FOR THE ACCUSED

Enes Yılmaz*

ÖZ

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) kararının verilebilmesi için bazı şartlar aranmaktadır. Ancak kapsam ve sınırlarını aşmama adına elinizdeki çalışmada, bu hususlardan ziyade sadece kurumun sonuçları üzerine odaklanılmıştır. HAGB kararının belki de en önemli sonucu, sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün herhangi bir hukuki sonuç doğurmamasıdır. Esasen mahkûmiyet hükmü tam anlamıyla açıklanıp ilgililere bildirilmediği için, kanunen öngörülen itiraz müessesesi dışında başka bir kanun yoluna başvurulamamakta ve dolayısıyla söz konusu hüküm kesinleşmemektedir. Kısacası hükmün açıklanmasının geri bırakıldığı hallerde, dava derdest olup kişi hala sanık sıfatına sahiptir. HAGB kararının hukuk yargısı ve idari yargıda doğuracağı etki bakımından da bir inceleme yapmak gerekmektedir. Denetim süresi boyunca fail lehine oluşturulan bir durumun, hukukun bütünlüğü çerçevesinde kanunen getirilen istisnalar dışında bir yaklaşımla adeta mahkûmiyet hükmüymüş gibi bağlayıcı kabul edilmesi mümkün değildir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı veya ona esas teşkil eden karar, kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü niteliğini haiz değildir. Dolayısıyla HAGB kararının verilmesi durumunda, ortada ceza hukuku anlamında kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü bulunmadığından bu karar hukuk hakimini bağlamayacaktır. Diğer taraftan, Anayasa Mahkemesi'nin de ifade ettiği biçimde, "ceza davası dışında fakat ceza davasına konu olan eylemler nedeniyle devam eden idari uyumsuzluklarda, açıklaması geri bırakılan mahkûmiyet kararına dayanılması masumiyet karinesi ile çelişebilir. Buna karşılık, idari uyumsuzluğun çözümüne esas teşkil etmesi bakımından salt kişinin yargılanmış olmasından ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair karardan söz edilmesi, masumiyet karinesinin ihlal edildiğinden söz edebilmek bakımından yeterli değildir. Bunun için kararın gerekçesinin bütün halinde dikkate alınması ve nihai kararın münhasıran hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen fiillere dayanıp dayanmadığının incelenmesi gerekir." Bu açıdan HAGB kararının idari uyumsuzluklara -spesifik olarak aşağıda incelediğimiz memur yargılamasına da- doğrudan herhangi bir etkisi olmayacaktır.

Anahtar Kelimeler Hükmün açıklanmasının geri bırakılması - Mahkûmiyet hükmünün sanık hakkında sonuç doğurmaması - Masumiyet karinesi - Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının kamu görevliliğine etki

* Araştırma Görevlisi, Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Öğrenci.

© 0000 0002 1469 6788 ✉ yilmazenes45@hotmail.com



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.
This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.

ABSTRACT

Some conditions are sought for the Decision on delaying the pronouncement of the judgment (DDPJ). However, in order not to exceed the scope and limits, the present study focused only on the results of the institution rather than these issues. Perhaps the most important result of the DDPJ is that the conviction for the accused does not have any legal consequences. In fact, since the sentence of conviction is not fully explained and notified to the relevant parties, no either legal remedy other than the legally stipulated objection procedure can be applied, and therefore the said provision is not finalized. In short, in cases where the pronouncement of the judgment is delayed, the case is pending and the person has the title of defendant. It is also necessary to make an examination in terms of the impact of the DDPJ on the civil and administrative jurisdictions. It is not possible for a situation created in favor of the perpetrator during the supervision period to be considered binding as if it were a sentence of conviction, with an approach other than the exceptions brought by the law within the framework of the integrity of the law. The decision on delaying the pronouncement of the judgment or the decision that forms the basis for it does not have the quality of a finalized conviction. Therefore, in the case of the DDPJ is made, this decision will not bind the civil judge, since there is no finalized conviction in terms of criminal law. On the other hand, as stated by the Constitutional Court, "in administrative disputes that continue due to actions outside the criminal case but which are the subject of the criminal case, reliance on a conviction decision that is deferred may contradict the presumption of innocence. On the other hand, it is not sufficient to mention that the presumption of innocence has been violated, just to mention the fact that the person has been tried and the decision on delaying the pronouncement of the judgment, as it constitutes the basis for the resolution of the administrative dispute. For this, the reasoning of the decision should be taken into account as a whole and it should be examined whether the final decision is based exclusively on the acts that have been decided to delay the pronouncement of the judgement." From this point of view, the DDPJ will not have any direct impact on administrative disputes, -especially on the civil servants' trial, which we have examined below-

Keywords The delaying the pronouncement of the judgment ~ Not having legal effect of the conviction for the accused ~ Presumption of innocence ~ The effect of the delaying the pronouncement of the judgment on the public official

GİRİŞ

Ceza muhakemesinde soruşturma evresindeki alternatif çözüm yöntemlerinden önödeme, uzlaştırma ve kamu davasının açılmasının ertelenmesi ile kovuşturma evresindeki hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumlarının temelinde, suçtan doğan zararın giderilmesi ve son çare olan cezaya başvurulmaksızın toplumsal barışın tesis edilmesi bulunmaktadır¹. Böylelikle sanığın ceza yaptırımının ağır sonuçlarına maruz kalması önlenmeye çalışılmaktadır². Bu bağlamda, ilk defa suç işlendiği ve cezanın da belli bir ağırlığa ulaşmadığı durumlarda, kanun, kişiye hükümlü statüsüne sokulmadan tabiri caizse bir şans daha vermektedir³.

Bu çalışmada, öncelikle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının şartlarına kısaca değinilmekle yetinilmiştir. Sonrasında ise, HAGB kararı verilmesinin sonuçları ana hatlarıyla ele alınmaya çalışılmıştır. Bu çerçevede, HAGB kararının genel anlamdaki sonuçlarıyla birlikte, mahkûmiyet hükmünün sanık hakkında bir sonuç doğurmamasına özel olarak odaklanılmıştır.

Ayrıca kurumun çeşitli yargı kararlarına nasıl yansıdığı bütüncül bir yaklaşımla açıklanmıştır. Buna göre, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurularla önüne gelen dosyalar kapsamında meseleyi masumiyet karinesi bakımından değerlendirdiği söylenmelidir. İdari uyumsuzluklar boyutunda ise, HAGB kararlarının genel kanun niteliğindeki 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu (DMK)⁴ çerçevesinde sahip olduğu etki inceleme konusu yapılmıştır. Son olarak, HAGB kurumuna açıkça yer verilen düzenlemeler ile kamu görevliliğinde genel kural niteliğindeki DMK m. 48/A-5 ve 98/b kapsamında değerlendirmelerde bulunularak, özellikle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının sanık hakkında sonuç doğurmaması kuralı izaha çalışılmıştır.

I. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARI

A. GENEL OLARAK

Sanık hakkında yapılan yargılama neticesinde, sanığa isnat edilen fiilin öncelikle sanık tarafından işlendiği tespit edilmektedir. Akabinde, Türk Ceza Kanunu (TCK)⁵ m. 61 çerçevesinde sanık hakkında uygulanacak cezanın belirlenmesi yoluna gidilir. Bu aşamadan sonra ise somut olay kapsamında, CMK m. 231'de düzenleme alanı bulan şartlar tüm unsurlarıyla varsa hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmektedir⁶. Böylelikle kişi damgalanmaktan ya da diğer bir ifadeyle lekelenmekten korunabilecektir⁷.

¹ Yasin Sezer, Ali İhsan İpek, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Kamu Personel Hukukuna Etkileri", *TAAD*, C.1, Y.1, S.3, 2010, 43-74, s.47; Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020, s.795.

² Mustafa Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019, s.1153.

³ Cumhuriyet Şahin, Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, 10. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020, s.186.

⁴ Resmi Gazete Tarihi: 23.07.1965, Resmi Gazete Sayısı: 12056.

⁵ Resmi Gazete Tarihi: 12.10.2004, Resmi Gazete Sayısı: 25611.

⁶ İhsan Baştürk, *Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesi*, 2. Baskı, Ankara: Bilge Yayınevi, 2021, s.207.

⁷ Yenisey, Nuhoglu, s.796; "Yasa koyucu, kişi hakkındaki hükmün hukuki sonuç doğurmamasını ifade eden hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumuyla belirli koşulların gerçekleşmesi halinde kişilerin işledikleri

Bu bağlamda HAGB, hapis cezasının ertelenmesi kurumuyla da farklılık arz eder⁸. Nitekim HAGB müessesesi ile ertelenen hapis cezasının infaz edilmiş sayılmasına ilişkin katı kuralın esnetildiği ifade edilebilir. Zira HAGB kararı neticesinde ilgili denetim süresi sona erince düşme kararı verilmektedir⁹. Bu açıdan, kurumun hukuki niteliği, kapsadığı suçlar bakımından bir tür yumuşatılmış cezanın ertelenmesi olarak düşünülebilir¹⁰.

Öğretideki bir görüş, hükmün açıklanmasının koşullarının oluşmasını bir muhakeme engeli olarak görerek, HAGB kararını geri bırakma süresince *durma kararı* niteliğinde kabul etmektedir¹¹. Öğretide benzer şekilde, HAGB'yi, *mahkemenin son karar (hüküm) dışında kalan ara kararları* niteliğinde gören bir başka görüş de bulunmaktadır¹².

birtakım suçlardan dolayı adli yönden lekelenmemeleri için bir fırsat tanımak istemiştir. ... Aksi görüşün kabulü daha önce hapis cezasına mahkûm olmamış çocuklar hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanmaması suretiyle adli yönden **lekelenmeme haklarının** ellerinden alınması sonucunu doğurur ki, bu sonuç hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun düzenleniş amacına açıkça aykırıdır.” YCGK, T.13.03.2012, E.2011/2-376, K.2012/90, Yargıtay’a göre böyle olsa da Özbek ve diğerlerine göre, lekelenmeme hakkı ile HAGB arasında dolaylı bir ilişki varsa bile hükmün açıklanmasının geri bırakılması lekelenmeme hakkının doğrudan bir uzantısı değildir, Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020, s.721.

⁸ “Cezanın ertelenmesinin öngörüldüğü bir sistemde, buna ek olarak hükmün açıklanmasının ertelenmesi adı altında bir kavrama ve kuruma gerek yoktur. Belirtmem gerekir ki, bu iki kavramın temelleri, küçük ayrıntılar dışta tutulursa, aynıdır. Ancak sonuçlar çok farklıdır. Cezanın ertelenmesi halinde, fail hakkında verilen mahkûmiyet kararı, onun suçluluğunu açık olarak sonuca bağlamakta, yalnızca ceza infaz edilmemektedir. Oysa, hükmün açıklanmasının ertelenmesinde, yapılan yargılama sonucunda suçluluğu sabit olan bir fail için mahkûmiyet kararı verilmemekte, bu kararın açıklanması ertelenmektedir. Bunun anlamı şudur: Yasada, istediğiniz kadar koşulu ardı ardına sıralayınız, bu kişinin yargılanmamış bir kişi ile arasında fazla bir farkı yoktur.” Yurtcan, Erdener, *Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) Şerhi, Cilt II (Madde 175-335)*, 7. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2015, s.1041.

⁹ 765 sayılı TCK'daki Tecil, 5237 sayılı TCK'daki Erteleme ve 5271 sayılı CMK'daki Hükmün açıklanmasının geri bırakılması müesseseleri ile ilgili mevzuattaki düzenlemeleri oldukça detaylı ve kronolojik olarak inceleyen Danıştay içtihadı için bkz. D1.D, T.25.03.2009, E.2009/221, K.2009/535, kararara.com (E.T.13.03.2021).

¹⁰ Yenisey, Nuhoglu, s.796.

¹¹ Nur Centel, Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 18. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020, s.874; Özbek, Doğan, Bacaksız, s.730; Yener Ünver, Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2017, s.693.

¹² Hakan Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Ankara: Savaş Yayınevi, 2015, s.562; Özen, s.1153.

Yargıtay'ın HAGB kararının niteliği açısından benimsediği görüş ise, kurumun *karma* nitelik taşıdığı yönündedir¹³. Bir başka ifade ile etkileri itibarıyla bileşeni çok olan bir kurum biçiminde de ifade edilebilir¹⁴.

HAGB kararının verilebilmesi için bazı şartların mevcudiyeti gerekmektedir¹⁵. Bu çalışmanın kapsamını aşmama adına bu hususları detaylandırmıyoruz¹⁶. Bununla birlikte burada, somut olayda hükmolunan cezanın sadece hapis veya adli para cezası olabileceği ve adli para cezası bakımından miktarın bir önem arz etmediği hususlarına dikkat edilebilir¹⁷. Hapis cezası bakımından ise mühim olan husus, mahkemenin tüm artırımı ve indirimleri uyguladıktan sonra sonuç ceza olarak takdir ettiği miktarın iki yıl veya altında olmasıdır¹⁸. Kısaca zikredebileceğimiz son şart, 2010 yılında 6008 sayılı Kanunla CMK m. 231/6'ya eklenen sanığın kabul

¹³ “Sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade eden ve doğurduğu sonuçlar itibarıyla karma bir özelliğe sahip bulunan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, denetim süresi içinde kasten yeni bir suçun işlenmemesi ve yükümlülükler uygun davranılması halinde, geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılarak kamu davasının 5271 sayılı CYY'nin 223. maddesi uyarınca düşürülmesi sonucu doğurduğundan, bu niteliğiyle sanık ile devlet arasındaki cezai nitelikteki ilişkiyi sona erdiren nedenlerinden birisini oluşturmaktadır.” YCGK, T.19.04.2011, E.2011/2-58, K.2011/61, Yurtcan, s.1082; “Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, hem ceza hukukunun maddi boyutunu hem de usul boyutunu ilgilendirdiği için, karma nitelik arz eder; bu nedenle sonradan yürürlüğe giren ve lehe olan hükümler geçmişe etkili olarak uygulanabilir.”, Ahmet Gökçen, Murat Balcı, Mehmet Emin Alşahin, Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018, s.624; benzer şekilde bkz. Bahri Öztürk vd., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, s.645; Kuruma ilişkin terim çeşitliliği ve hukuki niteliğe yönelik yargı kararları ve öğretinin ayrıntılı incelemesi için bkz. Yusuf Solmaz Balo, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016, s.25-40; benzer şekilde bkz. Caner Gürühan, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasına İlişkin Güncel Sorunların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, *TBB*, 2014(111), 133-162, s.143.

¹⁴ Balo, s.23; “Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, öncesinde kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış ya da mahkûm olmuş olsa bile, işlemiş olduğu suçlar dolayısıyla adli sicil kaydının silinmesi koşullarına sahip kişilerin, suçtan doğrudan doğruya zarar görenin maddi zararını karşılama ve mahkemede bir daha suç işlemeceklere konusunda kanaat uyandırmaları kaydıyla uygulanan, kanunda öngörülen denetim süresinin kasıtlı bir suç işlenmeden geçirilmiş olması ve denetim süresi içerisinde öngörülecek yükümlülükler uygun davranılması halinde kamu davasının düşürülmesi sonucunu doğuran, kişilere hiç suç işlememiş sayılma imkânını sağlayan, *sui generis* nitelikte bir kurumdur.” Serkan Çınarlı, Sevinç Arslan Hızal, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Memuriyete Giriş ve Memuriyetin Sona Ermesine Etkisi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt:12, Sayı:134, Ekim 2017, 14-30, s.16; konuya ilişkin ayrıca bkz. Halil Çağlı, “Yargıtay Kararları Çerçevesinde Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasına Daha Önceden Kasıtlı Bir Suçtan Mahkûm Olmama Şartına İlişkin Bir Değerlendirme”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt:9, Sayı:100, Aralık 2014, 17-23, s.18; Ali İhsan İpek, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2010, s.1.

¹⁵ “Dikkat edilmelidir ki, *“mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılması”na karar verilmeden önce, sanık hakkında henüz hukuki bir sonuç doğurmayacak ve koşullarının bulunması halinde ileride açıklanacak olan hükmün, duruşmada açık olarak kurulmuş ve tutanağa yazdırılmış olmasının CMK 231/5, 223/1, 5. maddeleri uyarınca zorunlu olduğu gözetilmeden, hüküm fıkrasının ayrı bir tutanakla tesis edilip kapalı bir zarf içinde muhafaza edilmesi kanuna aykırıdır.”* Y9.CD, T.11.11.2009, E.2009/15997, K.2009/11283, Ünver, Hakeri, s.679.

¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Baştürk, s.201 vd.

¹⁷ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020, s.739; Ancak TCK m.191/8 ve 9'da hükmün açıklanmasının geri bırakılması bakımından bir istisnaya yer verildiği de söylenmelidir. Zira bu ihtimalde, uyuşturucu madde kullanmak suçundan ileri gelen kamu davaları bakımından, ceza hâkiminin herhangi bir takdir hakkı söz konusu değildir ve diğer şartlar aranmaksızın HAGB kararı verilecektir. Konuya ilişkin bkz. Özen, s.1154; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 11. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016, s.482-483; Gökhan Taneri, “Temel Cezanın Belirlenmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2016/3, 126-161, s.137; Ayrıca Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla söz konusu TCK m.191/8 ve 9 düzenlemeleri, iptal istemiyle Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmiş ve AYM, T.13.01.2016, E.2015/52, K.2016/1 sayılı karar uyarınca bu düzenlemelerin Anayasa'ya aykırılık taşımadıklarına karar verilmiştir, kararlaryeni.anayasa.gov.tr (E.T.13.03.2021).

¹⁸ Nusret İlker Çolak, Dursun Özdemir, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Memuriyete Etkisi”, *TAAD*, C.1, Y.2, S.5, 2011, 93-122, s.97-98; Çağlı, s.21-22.

etmesidir¹⁹. Bu şart ile ilgili olarak Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne yapılan iptal başvurusu, “*Sanığa, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı olduğunu beyan etme ve dolayısıyla hakkında verilen kararı temyiz incelemesine götürme imkânı veren kural, Anayasa'nın 38. Maddesinin beşinci fıkrasında öngörülen, kendisini suçlama ve bu yolda delil göstermeye zorlanma olarak değerlendirilemez.*” demek suretiyle mahkemece reddedilmiştir²⁰. HAGB kararının verilebilmesi için varlığı gereken diğer şartlar ise şunlardır: *i) Sanığın Daha Önce “Kasıtlı” Bir Suçtan Mahkûmiyetinin Bulunmaması²¹, ii) Sanığın Yeniden Suç İşlemeyeceği Hususunda Kanaate Varılması²², iii) Zararın Giderilmesi²³.*

B. HAGB KARARI VERİLMESİNİN SONUÇLARI

1. Mahkûmiyet Hükümünün Sonuç Doğurmaması²⁴

HAGB kararının niteliğini sair ceza hukuku kurumlarından ayıran, bu başlık altında değineceğimiz özellik, CMK m. 231/5-son cümlede “*Hükmün açıklanmasının geri*

¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Baştürk, s.222 vd.; Fahri Gökçen Taner, “Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesinin (Geri Bırakılmasının) Hukuki Niteliği ve Ertelemeyi Kabul Etmediğinin Sanığa Duruşma Devresinin Sona Ermesinden Önce Sorulmasının Hukuka Aykırılığı Üzerine”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2011/4, 285-298, s.293.

²⁰ AYM, T.16.02.2012, E.2011/41, K.2012/25, Ünver/Hakeri, s.690-691, dn.669; kararlaryeni.anayasa.gov.tr (E.T.13.03.2021); AYM, T.12.03.2009, E.2008/106, K.2009/54 sayılı karardan hareketle aksi yönde bkz. “Yüksek Mahkeme, hükmün açıklanmasının geri bırakılması suretiyle, sanığın haklarının zedelenme ihtimalini göz ardı etmiştir.” Çolak, Özdemir, s.102, dn.13; benzer şekilde AYM, T.03.11.2011, E.2010/1, K.2011/149 sayılı karardan hareketle bkz. Süheyl Donay, *Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku*, İstanbul: Beta Basım Yayım, 2015, s.396.

²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Çolak, Özdemir, s.98; Yenisey, Nuhoglu, s.799; Şahin, Göktürk, s.188; Baştürk, s.225-226.

²² Bu konuya ilişkin pek çok örnek Yargıtay kararı için bkz. Balo, s.92-95; “Kasten yaralama, görevliye direnme, belgede sahtecilik, dolandırıcılık ve hakaret suçlarından sabıkaları bulunduğu adli sicil kaydından anlaşılın sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanmaması ile ilgili olarak “*sanığın kişilik özellikleri göz önüne alınarak yeniden suç işlemeyeceği konusunda mahkemece yeterli kanaat oluşmadığından sanık hakkında Ceza Muhakemesi Kanununun 231. maddesi uygulanmamıştır*” şeklindeki gerekçeyi yeterli ve yasaya uygun bulmuştur.” YCGK, T.27.03.2012, E.2011/4-253, K.2012/117, Yenisey, Nuhoglu, s.799.

²³ Zararın giderilmesi bakımından mağdurun iradesi mühim değildir. Zira burada CMK m.231/6 hükmü ile mağdurun lehine bir durumun gözetildiği ve CMK m.231/9 hükmü ile de ödemeyi kolaylaştırıcı nitelikte bir esnemeye gidildiği ifade edilebilir. Özgenç, s. 740-742; Özen, s.1158-1161; “Bu konuda suçtan zarar görenin rızasının varlığı halinde hükmün uygulanmasına imkân veren bir kural mevcut değildir. Getirilmesi yerinde olur.” Özbek, Doğan, Bacaksız, s.723; “Yasa’da hükmün açıklanmasının geri bırakılması konusunda mağdurun iradesi aranmamıştır. Yasa’da kurumun uygulanmasına ilişkin olarak mağdurun rızasının da araştırılması gerektiğine dair bir hüküm bulunmaması eksikliklidir.” Centel/Zafer, s.877; “Diğer taraftan, CYY’nin 231. maddenin 9. fıkrasındaki, “altıncı fıkranın (c) bendinde belirtilen koşulu derhal yerine getiremediği takdirde; sanık hakkında mağdura veya kamuya verdiği *zararı denetim süresince aylık taksitler halinde ödemek suretiyle tamamen giderilmesi koşuluyla* da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir” şeklindeki düzenleme nedeniyle zararın denetim süresi içinde taksitler halinde ödenmesine karar vermek suretiyle de hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verme imkanı bulunmaktadır. Ancak bu ihtimal, CGK’nın 29.09.2009 gün ve 91-212 sayılı kararında da açıklandığı üzere, sanığın zararının tamamını giderme yönündeki samimi iradesine karşın zarar miktarının derhal ödemeyi imkânsız kılacak şekilde büyük olması ve failin ekonomik durumu gibi nedenlerle zararın bir defada karşılanamaması durumunda söz konusu olabilecektir.” YCGK, T.25.12.2012, E.2012/13-1315, K.2012/1871, Ünver, Hakeri, s.689.

²⁴ “Hükmün ertelenmesi kurumunun *tüm hükümleri kapsamadığı* kuşkusuzdur. Diğer taraftan, gerçekte ertelenen şey hükmün açıklanması değil, hukuki sonuçlarını doğurmasıdır. Denetim süresinin iyi hâlli geçirilmemesi durumunda açıklanacağı söylenen hüküm, daha başlangıçta mahkemece zaten açıklanarak taraflara bildirilmiştir; hatta açıklanan bir mahkûmiyet hükmü gibi, bir hükmün taşınması gerekli tüm unsurları da içermektedir. Kuşkusuz, *hüküm açıklanmakta fakat hükmün neticeleri ertelenmektedir*; bu itibarla, kurumun adının “hükmün açıklanmasının geri bırakılması” şeklinde belirlenmesi isabetli olmamıştır. (...) Öte yandan, belirtilen

bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmasını ifade eder.” biçiminde kendisini göstermektedir.

Ancak CMK m. 231/5-son düzenlemesi gereğince hükmün sonuçlarının mutlak anlamda doğmayacağı anlamı çıkartılamaz²⁵. Çünkü öngörülen denetim süresi ve denetimli serbestlik tedbirleri de genel anlamda bir hukuki sonuçtur²⁶. Bu bağlamda başka bir örnek vermek gerekirse söz konusu düzenleme, katılan vekilinin sanık aleyhine hükmedilen yasal vekalet ücreti hakkında icra takibi yürütmesine ve açıklanmayan hükmün hukuk mahkemelerinde delil olmasına bir engel de teşkil etmez²⁷. Nitekim, yargılama giderlerine ilişkin CMK m. 325/2’de hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde de tüm yargılama giderlerinin sanığa yükleneyeceği açıkça hükme bağlanmıştır²⁸.

Bu tanımdan, sanki uygulanacakmış gibi sanık hakkında bütün unsurlarıyla kurulan bir hükmün hazır halde bulundurulması anlaşılmalıdır. Bunun akabinde verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ise, sanıkla ilgili kurulmuş olan hükmün, denetim süresi boyunca askıya alındığını ifade eden bir karardan ibarettir. Dolayısıyla aslında hukuken varlık kazanamayan ve bu nedenle hüküm ifade etmeyen karar, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına esas teşkil eden sanıkla ilgili kurulmuş olan karardır²⁹. Bir açıdan da HAGB kararı, mahkûmiyet hükmünün açıklanmasına engel olmamakta fakat hukuki sonuç doğurmasına engel teşkil etmektedir³⁰. Diğer taraftan, sanık hakkında hukuki sonuç doğuran kesin hüküm niteliğine sahip olmamakla birlikte HAGB kararları, denetim süresi içerisinde şartlara uyulması halinde verilecek düşme kararı ile ya da geri bırakma şartlarına uyulmaması halinde açıklanacak ve varlık kazanacak olan esas hükümle kanun yolu denetimine tabi tutulabilmektedir³¹.

HAGB kararı ile ilk derece mahkemesi tarafından sanık hakkında kurulan hükmün açıklanması geri bırakıldığından hukuken tam olarak doğmamış bir mahkûmiyet hükmü söz

kurum bir erteleme türü olup, gerçekte mahkûmiyet hükmünün hukuki sonuç doğurmasının ertelenmesinden başka bir şey değildir. Buna rağmen, kanun koyucunun diğer erteleme türlerinin aksine bu kurumu ifade etmek üzere niçin geri bırakılma terimini tercih ettiğinin sebebi öğrenilememiştir. (...) Bu sebeple, ÇKK’nin 23. maddesi ve CMK’nin belirtilen 231. maddesinin içeriği ile uyumlu olacak biçimde başlığının **“Hükmün açıklanması ve mahkûmiyet hükmünün hukuki sonuç doğurmasının ertelenmesi”** biçiminde olmasının yerinde olacağı düşüncesindeyiz.” Baştürk, s.62.

²⁵ Çınarlı, Arslan Hızal, s.17; Gürühan, s.142 ve 144.

²⁶ İbrahim Pınar, Öner Çalışkan, *Açıklamalı İçtihatlı Memurluğun & Kamu Görevinin Sona Ermesi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020, s.199.

²⁷ Centel, Zafer, s.872, dn.190; bu noktada özellikle *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasına İlişkin Kararlarda Verilen Vekalet Ücretinin Takibe Konulması* bakımından ayrıntılı bir inceleme için bkz.Hüseyin Turan, *Ceza Yargısında Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Uygulanması*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2012, s.171-181; bunun dışında “İki yılın altında hapis cezasına ya da adli para cezasına mahkûmiyetle ilgili hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesinin, geri bırakmaya konu cezayı aşan gözaltı ve tutuklama süresi için tazminat istemine engel oluşturmaz.” Öztürk vd., s.585.

²⁸ Centel, Zafer, s.873, dn.194.

²⁹ Şahin, Göktürk, s.187; “Yasa koyucu, kişi hakkındaki hükmün hukuki sonuç doğurmasını ifade eden hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumuyla belirli koşulların gerçekleşmesi halinde kişilerin işledikleri birtakım suçlardan dolayı adli yönden lekelenmemeleri için bir fırsat tanımak istemiştir. Aksi görüşün kabulü daha önce hapis cezasına mahkûm olmamış çocuklar hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanmaması suretiyle adli yönden lekelenmeme haklarının ellerinden alınması sonucunu doğurur ki, bu sonuç hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun düzenleniş amacına açıkça aykırıdır.” (YCGK., 13.03.2012, 2-376/90), Gökçen vd., s.623, dn.237.

³⁰ Balo, s.35 ve 129.

³¹ Gökçen vd., s.623-624; Pınar, Çalışkan, s.197.

konusu olmaktadır. Dolayısıyla açıkça tefhim edilmemiş bir mahkeme hükmünün hukuki sonuç doğurması da beklenemez³².

Esasen mahkûmiyet hükmü, açıklanıp ilgililere bildirilmediği için kanunen öngörülen itiraz müessesesi dışında başka bir kanun yoluna başvurulamamakta ve dolayısıyla söz konusu hüküm kesinleşmemektedir³³. Buradan hareketle adli sicile de bir işleme yapılmaz. Haliyle tekkerrüre de esas alınamaz. Kısacası hükmün açıklanmasının geri bırakıldığı hallerde, dava derdest olup kişi hala sanık sıfatını haizdir³⁴. Ancak bu takdirde, söz konusu hüküm sanık hakkında verilmiş fakat henüz kesinleşmemiş olduğu için herhangi bir hak yoksunluğuna sebebiyet vermemektedir³⁵.

2. Denetimli Serbestlik Uygulama Mecburiyeti

CMK m. 231/8'de öngörüldüğü biçimde, sanık hakkında HAGB kararı verildiği takdirde, sanık için beş yıllık denetim süresi söz konusu olacaktır³⁶. Bu kapsamda belirlenen denetim süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlememe ve yükümlülüklerle uygun hareket etme koşulları, HAGB kararını bir kovuşturma şartı niteliğine bürür³⁷.

Bununla birlikte, denetim süresi içinde, kişi hakkında kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyecektir³⁸. Ancak belirtmek gerekir ki 18/06/2014 tarih ve 6545 sayılı Kanunla eklenen “denetim süresi içinde, kişi hakkında kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez” düzenlemesi tartışmaya açıktır³⁹. Zira burada bahsedilen kasıtlı bir suç ile özellikle bu suçun ne zaman işlendiği ya da hükmün kesinleşmesi aranmadan suçun işlendiğinin kabulünün mü

³² Sezer, İpek, 55; Yenisey, Nuhoglu, s.801.

³³ Öztürk vd., s.644.

³⁴ Centel, Zafer, s.872; Özgenç, s.738; Şahin, Göktürk, s.187.

³⁵ Sezer, İpek, s.55; Şahin, Göktürk, s.187.

³⁶ ÇKK m.23: “Çocuğa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda, Ceza Muhakemesi Kanunundaki koşulların varlığı halinde, mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Ancak bu kişilerin açısından denetim süresi üç yıldır.”

³⁷ Balo, s.38.

³⁸ Karakehya, s.570-571.

³⁹ Balo, s.98-99; Nitekim CMK m.231/8-ikinci cümle, söz konusu tartışmalardan dolayı özellikle masumiyet karinesinin düzenlendiği Anayasa'nın 15 ve 38. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptal istemiyle Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmiştir. “İtiraz konusu kural esas itibarıyla sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için gerekli olan koşullardan birisini düzenlemektedir. Kuralla, açıklanması geri bırakılan bir mahkûmiyet hükmü varken denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işleyen sanık hakkında bu suç nedeniyle bir daha hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilememesi bir yaptırım olmayıp bu kurumdan yararlanma şartlarının gerçekleşmemesinin bir sonucudur. Sanığın, daha önce açıklanması geri bırakılan hükme konu olan suçtan dolayı peşinen suçlu olduğu kabul edilerek yaptırma tabi tutulması söz konusu değildir.

Bu itibarla, açıklanması geri bırakılan bir hüküm varken denetim süresi içinde yeniden kasıtlı bir suç işleyen sanık hakkında, bu suç nedeniyle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemeyeceğini düzenleyen kuralda masumiyet karinesine aykırılık oluşturan bir husus da bulunmamaktadır.” diyen Anayasa Mahkemesi, düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığına hükmetmiştir. AYM, T.17.06.2015, E.2015/23, K.2015/56, kararlarıeni.anayasa.gov.tr (E.T.13.03.2021).

arandığı anlaşılammamaktadır⁴⁰. Bu sebeple açık, anlaşılır ve belirli olması gereken kanunlarda, muğlak ifadelerin kullanılmasından özellikle kaçınılması gerekmektedir⁴¹.

Ayrıca bu denetim süresi kapsamında, mahkeme, bir yıldan fazla olmamak üzere sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak, başka bir yükümlülüğü yerine getirmesine CMK m. 231/8-üçüncü cümle doğrultusunda karar verebilir. Ancak sanık hakkında hükmedilecek yükümlülüğün hukuka uygun ve fiilen icra edilebilir nitelik taşıması gerekmektedir. Bu açıdan örnek vermek gerekirse, sanık hakkında bir yıl süreyle haftada sekiz saati geçmeyecek şekilde ağaç dikme işlerinde çalıştırılması yönünde verilen bir karar, yılın her vakti ağaç dikmenin mümkün olmadığı gerekçesiyle Yargıtay tarafından bozulmuştur⁴².

a) Düşme Kararı Verilmesi

Denetimli serbestlik tedbiri sonrasına ilişkin CMK m. 231/10, “Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir.” düzenlemesine yer vermiştir. Bu hususta Yargıtay’ın konuyu ele alışı da HAGB

⁴⁰ “Kişi hakkında HAGB kararı verildi. Kişi, HAGB’nin uygulandığı suçtan önce veya aynı zaman dilimi içinde ya da daha sonra başka bir suç daha işlemiştir. Bu suç hakkında HAGB’nin denetim süresi içinde mahkûmiyet kararı verildi. Bu yeni mahkûmiyet kararı hakkında HAGB kararı verilebilir.

Bir kişi, aynı anda veya farklı zamanlarda bir suç işledi. Her bir suç için aynı anda mahkûmiyet kararı verilirse, aynı anda bu suçlar hakkında HAGB kararı verilebilir.

Denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlenirse HAGB kararı kaldırılır ve hüküm açıklanır. Bu durumda, failin daha önce mahkûmiyeti bulunmadığı için işlenen kasıtlı suç hakkında HAGB uygulanabilir. Ancak, CMK m.231/8-ikinci cümle gereği artık uygulanamayacaktır. Bu durumda, bu hüküm olmasaydı, öznal koşulu olumsuz olması da söz konusu olabilirdi.” Özen, s.1170.

⁴¹ Özbek, Doğan, Bacaksız, s.725; “... suçluluğu kanunen sabit oluncaya kadar herkesin masum sayılacağına ilişkin masumiyet karinesi dikkate alınarak, denetim süresi içinde işlendiği ihbar edilen suçla ilgili mahkeme kararının kesinleşmesi şartı aranmalıdır. Bu durumun kabulü, yargılamanın uzun sürmesi nedeniyle sanığın yıllarca ceza tehdidi altında kalması gibi olumsuz sonuçların bertaraf edilmesi bakımından da en uygun çözüm yolu olacaktır.” Gürühan, s.139-140.

⁴² Y3.CD, T.22.09.2010, E.2010/12085, K.2010/13867, “İncelenen dosyada mahkemece belirlenen “25 fidan dikme” biçimindeki denetimli serbestlik tedbirinin, C.Y.Y.’nin 231/8 maddesinin (c) bendinde yer alan takdir edilecek başka yükümlülük kapsamında kaldığı görülmektedir. Mahkemece anılan yasa madde ve fıkrasının (a), (b) ve (c) bendinde açıkça *sayılanların dışında takdir edilecek başka bir yükümlülüğün belirlenebilmesi için bu denetimli serbestlik tedbirinin, hukuken ve fiilen infaz olanağının bulunması, Cumhuriyet savcısının infaz yetkisini kısıtlamaması ve sanığa mali (maddi) bir yük getirmemesi gerekir*. Somut olayda belirlenen 25 fidan dikme yükümlülüğünün, sanık için maddi bir yük getirdiği ve mahkemece yerine getirilmesi için bir süre de belirlenmediğinden hukuken *infaz olanağının bulunmadığı* anlaşılmalıdır. Mahkemenin C.Y.Y.’nin 231/8 maddesi uyarınca belirlediği denetimli serbestlik tedbirinin, hukuka aykırı olduğu açıktır.” Y4.CD, T.29.06.2011, E.2011/10832, K.2011/9190, Ünver/Hakeri, s.701; benzer şekilde, “Yargıtay, enerji hırsızlığı ve mühür bozma suçlarından dolayı hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına sanığın 5 yıl denetim süresine tabi tutulmasına, “2008 yılı Ekim-Kasım ayları içerisinde kaymakamlık tarafından gösterilecek ilçe sınırları içerisinde bir yere masrafı kendisi tarafından karşılanmak kaydıyla 500 adet ve 250 adet çam fidanı dikirme yükümlülüğüne tabi tutulmasına” ilişkin kararı; fidan dikirme yükümlülüğünün para sarfı ile yerine getirilebilecek maddi bir edim ihtiva ettiği, hakim yükümlülük tayini konusundaki bu takdirini kanundaki ilkeler çerçevesinde kullanılmak durumunda olduğu, işlenen suçla ilgisi olmayan, hükümlünün ıslahı amacına hizmet etmeyen “fidan dikirme” yükümlülüğüne hükmedilemeyeceği, hükümde dikim alanı olarak ilçe sınırlarının öngörülmesi, infazla ilgili yasal görevi olmayan kaymakamlık makamına fidan dikilecek yer gösterme vebesi yüklenmesi, fidan cinsi ve dikim zamanı gibi ayrıntılara yer verilmesi suretiyle infazın kısıtlanmasında isabet görülmediğini belirterek hükmün bozulmasına karar vermiştir. (2.CD. 27.1.2010, 55430-1588)” Ali Parlar, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Erteleme*, Ankara: Bilge Yayınevi, 2010, s.24.

kararının *bu niteliğiyle sanık ile devlet arasındaki cezai nitelikteki ilişkiyi sona erdiren düşme nedenlerinden birisini oluşturduğu* şeklinde kendini göstermektedir⁴³.

b) Hükümün Açıklanması

Yine denetimli serbestlik tedbirinin sonrasına ilişkin CMK m. 231/11’de düzenlenen iki husustan ilki, “*Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar.*” düzenlemesidir. Böylelikle denetim süresi içinde özellikle yeni bir suç işleyen fail, işlediği bu ikinci suçtan mahkûm edildiğinde, her iki suçun cezasına da muhatap olacaktır⁴⁴.

Belirtmek gerekir ki, failin sanıklık sıfatı hüküm kesinleşinceye değin sürmektedir. Dolayısıyla denetim sürecinde de failin sanıklık sıfatı devam etmektedir. Bu bağlamda aslında söz konusu durum, ya açıklanan hükümün kesinleşmesiyle fail hükümlü sıfatını alarak ya da düşme kararının kesinleşmesiyle failin ceza muhakemesiyle ilişkisi kesilerek sona erecektir⁴⁵.

Esasen bu noktada kanun koyucu, denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülükleri yerine getirmemenin yaptırımını *hükümün açıklanması* olarak öngörmüştür. Ancak, zararın giderilmesinin taksite bağlandığı durumlarda bahsi geçen yükümlülük olarak taksitlerin ödenmemesi durumuna karşılık bir yaptırım tesis etmemiştir. Bu bağlamda, hükümün açıklanmasının geri bırakılmasının koşullarından birinin yerine getirilmediğinden bahisle hükümün açıklanması yoluna gidilebilir⁴⁶.

c) Yeni Bir Mahkûmiyet Hükümünün Kurulması

CMK m. 231/11’de ele alınan ikinci husus ise, “Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir.” düzenlemesidir.

Bu noktada, mahkemenin uyuşmazlık konusu olaya ilişkin vermiş olduğu nihai kararın hüküm olduğunu ve bununla birlikte mahkemenin verdiği nihai kararlar dosyadan elini çektiğini hatırlatmakta fayda vardır. Ancak hemen önceki başlıklarda ifade edildiği üzere verilen düşme ya da hükümün açıklanması hatta bu başlık altındaki yeni bir mahkûmiyet hükmü

⁴³ “Sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade eden ve doğurduğu sonuçlar itibarıyla karma bir özelliğe sahip bulunan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, denetim süresi içinde kasten yeni bir suçun işlenmemesi ve yükümlülüklere uygun davranılması halinde, geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılarak kamu davasının 5271 sayılı CYY’nin 223. maddesi uyarınca düşürülmesi sonucu doğurduğundan, bu niteliğiyle sanık ile devlet arasındaki cezai nitelikteki ilişkiyi sona erdiren düşme nedenlerinden birisini oluşturmaktadır.” YCGK, T.19.04.2011, E.2011/2-58, K.2011/61, Yurtcan, s.1082.

⁴⁴ Yurtcan, s.1042.

⁴⁵ Özgenç, s.738; Şahin, Göktürk, s.196.

⁴⁶ “Uzlaşma kurumunun uygulandığı yani uzlaşma kapsamında zararın taksitle giderilmesi nedeniyle hükmün açıklanmasının geri bırakıldığı halde, mahkeme tarafından, denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenip işlenmediğine veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere aykırı davranılıp davranılmadığına bakılmaksızın hüküm açıklanır (CMK m.254/2). Yasa koyucu bu halde, taksitlerin ödenmemesinin sonucunu açıkça öngörmüştür.” Centel, Zafer, s.881.

kurulması kararları, esas itibarıyla CMK m. 223 anlamında bir hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁷.

3. Seçenek Yaptırımlara Çevirememe

HAGB kararının bir diğer sonucu, CMK m. 231/7’de açıkça ifade edildiği üzere, “Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümdede, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez.” biçiminde karşımıza çıkmaktadır. Ancak ifade etmek gerekir ki esas itibarıyla bu düzenlemeye gerek bulunmamaktadır. Zira burada bahsi geçen erteleme ve seçenek yaptırımlara çevrilme ile HAGB kurumları zaten zamansal olarak biri varken diğeri uygulanabilecek nitelikte kurumlar değildir⁴⁸.

Bununla birlikte bir önceki başlık altında ifade edildiği üzere, CMK m. 231/11’deki düzenlemede ayırıcı bir şart olarak yüklenen yükümlülüklerin yerine getirilememesi söz konusu olduğu için yeni bir hüküm tesis edilmekte ve buradan hareketle erteleme ve seçenek yaptırımlara çevrilebilme söz konusu olabilmektedir. Bu yönü itibarıyla iki düzenleme uygulama zamanı bakımından birbirinden ayrılmaktadır. Bu bağlamda, öğretide CMK m. 231/11’deki hükme ihtiyaç olduğu, fakat fıkra 7 hükmüne ise ihtiyaç bulunmadığı belirtilmektedir⁴⁹.

HAGB kararının bu çalışmanın konusunu aşan nitelikteki diğer sonuçları da zamanaşımının durması ve kararın mahsus bir sisteme kaydedilmesidir. CMK m. 231/8’in son cümlesi denetim süresi içinde dava zamanaşımının duracağını açık bir şekilde hükme bağlamıştır. CMK m. 231/13 gereğince ise, “*Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.*”

II. HAGB’NİN DİĞER YARGI KOLLARINDA ELE ALINIŞI

A. HUKUK YARGISINDA HAGB

HAGB kararının hukuk yargısında doğuracağı etki bakımından da bir inceleme yapmak gerekmektedir. Bu hususta Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının hukuk hakimini bağlamayacağı yönünde içtihatla bulunmuştur⁵⁰:

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı kesin bir mahkûmiyet anlamında değildir. Bu sebeple ortada ceza hukuku anlamında kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü bulunmadığından hukuk hakimini bağlamayacaktır. Aksi düşünüldüğü takdirde beş yıllık deneme süresi içinde bir suç işlendiğinde mahkemece hüküm açıklanacak ve temyiz hakkı doğacak; şayet yapılan temyiz incelemesinde ceza mahkemesi kararı bozulursa hukuk mahkemesinin kararının da dayanağı ortadan kalkacak ve yargılamanın yenilenmesi gündeme gelecektir. Diğer taraftan, beş yıllık denetim süresi bittikten sonra menfi tespit davası açıldığında ortada ceza mahkemesi kararı bulunmadığından B.K.nun 53. maddesi

⁴⁷ Sezer, İpek, s.54-55.

⁴⁸ Özen, s.1173.

⁴⁹ Özen, s.1173-1174.

⁵⁰ YHGK, T.01.02.2012, E.2011/19-639, K.2012/30, Özbek, Doğan, Bacaksız, s.731-732; Baştürk, s.457, dn.1960.

uyarınca hukuk hakimini bağlayıcı bir karardan da söz edilemeyecektir. Aksine, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının hukuk hakimini bağlayacağı kabul edildiğinde hukuk hakimince verilecek karar davanın beş yıllık deneme süresi içinde ve sözü edilen süre bittikten sonra açılması veya kararın sözü edilen süre bittikten sonra verilmesi hallerinde farklı farklı hukuki sonuçlara ulaşılacaktır. Daha da önemlisi, bir olayda birden fazla sorumlu olup da, bunlardan biri hakkında beş yıllık süre ya da diğeri hakkında beş yıllık süre geçtikten sonra hukuk mahkemesinde dava açılması halinde her iki davalı hakkında da aynı olay sebebiyle farklı kararlar verebileceklerdir ki, bu durum adalete olan güveni sarsacaktır. Sonuç olarak maddi olgunun belirlenmesi yönünden hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının, kesinleşmiş bir ceza hükmü olmadığından, hukuk hakimini bağlamayacağı kabulü gerekir.

Hakikaten bu yönde değerlendirmesi yapılacak en ufak bir bağlayıcılık, HAGB'nin hukuki sonuç doğurmaması özelliğine de aykırılık teşkil edecektir⁵¹.

B. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA HAGB⁵²

İlk derece mahkemesi, HAGB kararı verirken sahip olduğu takdir yetkisini kullanırken Avrupa İnsan Hakları (AİHM) içtihatlarını da dikkate alacaktır. Zira bu noktada AİHM, kamu görevlisinin görevini kötüye kullanmasından veya yetkisini aşmasından kaynaklanan ya da özellikle işkence ve kötü muamele içeren suçlar bakımından verilecek HAGB kararının Sözleşme'nin standartlarına uygun düşmediği gerekçesiyle *söz konusu suçlarla ilgili HAGB'nin kabul edilemez tedbirler* kategorisine girdiğini belirtmiştir⁵³.

Mahkeme'nin böyle bir nitelermeye başvurarak ihlal kararı vermesinin sebebi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun cezanın ertelenmesine nazaran çok daha güçlü bir etkiye sahip olmasından ileri gelmektedir. Zira sanıkların HAGB kararına uymaları durumunda, açıklanmayan mahkûmiyet hükmü bütün sonuçlarıyla ortadan kalkmakta ve sanki hiç vaki olmamış sayılmaktadır⁵⁴. Bu nedenle mahkemeler söz konusu kurumlara müracaat ederken, hukuka aykırı ciddi fiillere karşı açık kapı bırakmaktan kaçınmalıdırlar⁵⁵. Daha da önemlisi bu tarz vakalara ilişkin ceza hukuku korumasının hem daha etkili hem de daha caydırıcı olması da sağlanmalıdır⁵⁶.

⁵¹ Özbek, Doğan, Bacaksız, s.732.

⁵² Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması kurumunun insan hakları ve yabancı kararlar çerçevesinde kapsamlı incelemeleri için bkz. Kaya, Emir, "İnsan Hakları Açısından Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması", *Ankara Barosu Dergisi*, 2013/3, 408-436; Baştürk, s.493-497.

⁵³ Baştürk, s.494; Kaya, s.428; Yenisey, Nuhoglu, s.797; Zeynep Özcan v. Türkiye, B. No:45906/99, T.20.02.2007, p.40-46, <http://hudoc.echr.coe.int> (E.T.13.03.2021).

⁵⁴ Ünver, Hakeri, s.680.

⁵⁵ "Buna göre; İHAS m.3'te yer verilen işkence ve kötü muamele yasağını ihlal eden fiillerin devlet görevlileri tarafından işlenmesi durumunda, mahkemeler, yargılama sonunda verilen mahkûmiyet hükmünün etkisiz kalması sonucunu doğuracak tedbirlere başvurmadan kaçınmalıdırlar. Bu tür hukuka aykırı ciddi fiillere karşı hiçbir şekilde göz yumulmayacağına gösterilmesi ve bu bağlamda; yargılamanın ve hükmün zamanasımına uğraması, bu suçlar için af çıkarılması, cezanın ertelenmesi gibi tedbirlerden kaçınılması gerekmektedir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması ertelemeye nazaran daha güçlü bir etkiye sahip olup, suçluların cezadan muaf tutulması ile sonuçlanmaktadır. Bu nedenle söz konusu suçlarla ilgili olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı; hukuka aykırı ciddi fiillere hiçbir şekilde göz yumulmayacağına göstermekten ziyade, mahkemelerin takdir yetkilerini bu tür davranışların sonuçlarını en aza indirmek için kullandıklarını gösterdiğinden, bu karar ile, işkence görmeme hakkı (İHAM m.3) ve Devletin etkin soruşturma yapma yükümlülüğü (Ay. m.17/3) usulden ihlal edilmiş olmaktadır (İHAM, Taylan/Türkiye Kararı, B. No:32051/09, 3.7.2012; AYM, Deniz Yazıcı, B. No:2013/6359, 10.12.2014, p.114-115; AYM, Naif Bal, B. No:2015/2645, 11.9.2019, p.72)." Şahin, Göktürk, s.191, dn.306.

⁵⁶ Baştürk, s.496.

C. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA HAGB⁵⁷

Anayasa Mahkemesi'nin ise ilk olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun Anayasa'ya aykırılığı iddiasını değerlendirdiğini ve kanun koyucunun takip ettiği ceza siyaseti ile ilgili takdiri doğrultusunda kurumu Anayasa'ya aykırı bulmadığını hatırlatmakta fayda vardır⁵⁸.

Bireysel başvuru ile önüne gelen bazı kararlarda ise Mahkeme, somut olaylarda sanıkların işlediği suçların insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağına aykırı olduğunu vurgulamış ve ihlal kararı vermiştir⁵⁹.

Bireysel başvuru kapsamında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumuyla ilgili önüne gelen ilk dosyada Mahkeme'nin ifade ettiği şekilde, *hükmün açıklanmasının geri bırakılması, sanığa yüklenen suça ilişkin yargılama sonunda cezaya hükmedilmesi halinde, hükmün açıklanmasının belirli koşulların gerçekleşmesine bağlı olarak ertelenmesi anlamına gelmektedir*⁶⁰. Yüksek Mahkeme, bir başka bireysel başvuru kararında, daha açık bir tanıma yer vermiştir⁶¹:

Gerçekten, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, mahkûmiyet konusunda vicdani kanaate ulaşmış mahkemenin buna ilişkin hükmü açıklamayı belirli bir süre ertelemesini, bu süre zarfında hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ve bu süre sonunda kişinin başka bir suç işlememesi halinde açıklanması geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılarak davanın düşmesine karar verilmesini ifade eder.

Anayasa Mahkemesi'nin güncel bir kararında da AİHM'in yukarıda ifade edilen yaklaşımını benimsediği söylenmelidir. Bu çerçevede Mahkeme, kamu görevlisinin görevini kötüye kullanmasından veya kötü muamele içeren suçlar bakımından kamu görevlilerine HAGB kararı verilmesinin, *bu tür olaylara karışan kamu görevlilerine hoşgörü ile yaklaşıldığı izlenimi uyandırdığı ve bu tür fiillere eğilimi olan görevlileri cesaretlendirebileceği gibi bireylerin bu kapsamda devlete ve adalet mekanizmalarına olan güvenlerini zedeleyebileceği* gerekçesiyle insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir⁶².

⁵⁷ Baştürk, s.497-501.

⁵⁸ “Suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihinde bulunulması Devletin ceza siyaseti ile ilgilidir. Hukuk devletinde, kanun koyucu ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde yetkisini kullanırken, Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, hangi cezaların seçenек yaptırımlara çevrilebileceği veya ertelenebileceği ve hangi suçların hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsamında kalacağı gibi konularda takdir yetkisine sahiptir.” AYM, E.2014/140, K.2015/85, T.08/10.2015, Balo, s.22, dn.15.

⁵⁹ AYM Elif Aydın Dost Başvurusu, B. No:2014/19954, T.12.06.2018; AYM E.A. Başvurusu, B. No:2014/19112, T.17.05.2018, Yenisey, Nuhoğlu, s.797-798; Baştürk, s.499.

⁶⁰ AYM, Ali Gürsoy Başvurusu, B.No:2012/833, T.26.03.2013, p.19, kararlaryeni.anayasa.gov.tr (E.T.13.03.2021).

⁶¹ AYM, Kürşat Eyol Başvurusu, B.No:2012/665, T.13.06.2013, p.28, kararlaryeni.anayasa.gov.tr (E.T.13.03.2021).

⁶² “40. Başvurucu, maruz kaldığı eylemin 5237 sayılı Kanun'un 87. maddesindeki neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunu oluşturmasına karşın temel cezanın 86. maddeye göre tespiti, tahrik, takdiri indirim nedenleri ile HAGB uygulamasının kötü muamele vakasına hoşgörüyle yaklaşıldığını gösterdiğini öne sürmüştür. 41. Olayın gelişim şekli, başvurusunun alkollü olarak gece vakti tartıştığı market sahibiyle kavga etmesinin önüne geçilmesi amacıyla başvurusuna müdahale edilmiş olması ve başvurusunun olay sırasında takındığı tutum

Anayasa m. 38/4’te “Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz” ile AİHS m. 6/2’de “Kendisine bir suç isnat edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır.” düzenlemeleri suçsuzluk karinesi olarak da ifade edilen masumiyet karinesini düzenleyen iki temel normdur⁶³. Bunlardan hareketle Anayasa Mahkemesi, çeşitli bireysel başvuru kararlarında masumiyet karinesini benzer yöndeki AİHM içtihatlarından da istifade ederek şu şekilde ele almıştır⁶⁴:

Masumiyet karinesi, ceza yargılaması kapsamında bir usul güvencesi olmasına rağmen, buna ilişkin korumanın uygulanabilir ve etkili şekilde sağlanabilmesi için beraat eden veya bir şekilde hakkındaki ceza yargılaması devam etmeyen kişilere, kamu görevlileri veya otoriteleri tarafından bunlar gerçekte suçlularmış gibi muamele edilmesinin önlenmesi gerekir. Bu kapsamda ceza davasını takip eden “**ceza yargılaması niteliğinde olmayan herhangi bir yargılamada**” da (hukuk, disiplin gibi), masumiyet karinesine özen gösterilmelidir. Bununla birlikte ceza yargılamasında mahkûmiyetle sonuçlanmamış aynı olaylara dayanılarak bir kişinin disiplin suçundan suçlu bulunması veya hakkında tazminata karar verilmesi masumiyet karinesini otomatik olarak ihlal etmez. Bu kapsamda “**karar vericilerin kullandıkları dil**” kritik önem taşır (benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. **Allen/Birleşik Krallık** [BD], B. No:25424/09, 12/7/2013, §§92-105 ve 120-126).

Buna göre, ceza davası dışında fakat ceza davasına konu olan eylemler nedeniyle devam eden idari uyumsuzluklarda, henüz kesinleşmemiş mahkûmiyet kararına dayanılması masumiyet karinesi ile çelişebilir. Buna karşılık, idari uyumsuzluğun çözümüne esas teşkil etmesi bakımından salt kişinin yargılanmış olmasından ve mahkûmiyete dair karardan söz edilmesi, masumiyet karinesinin ihlal edildiğinden söz edebilmek bakımından yeterli değildir. (Bkz. B. No:2012/665, 13/6/2013, §29). Bunun

dikkate alındığında eylem, insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağı kapsamında değerlendirilmiştir. Bu tespit göre derece mahkemesince hükmolunan müeyyidenin orantılı olup olmadığı ele alınmalıdır.

42. Üçüncü kişiler arasında meydana gelen tartışmayı önlemek için polis tarafından yapılan müdahalede başvurucu yaralanmıştır. Doktor raporuna göre başvurucu; göz, burun, kulaklar, boyun, sırt, göğüs, diz ve ayaklarından yaralanmıştır. Başvurucunun alkollü olmasından ötürü müdahalenin görece kolay olması, basit tıbbi müdahale ile giderilemeyecek nitelikte yaralanmasına yol açacak ölçüsüz bir müdahaleyi gerektirdiğinin kabul edilmesini zorlaştırmaktadır.

43. Cezasızlık, işlenen bir suçun somut olarak cezasız kalmasını ifade etmektedir. Cezasızlık; işkence ve kötü muamele fiillerine yönelik olarak sorumluların adalet önüne çıkarılmaması, işledikleri suçla orantılı bir biçimde cezalandırılmaması veya mahkûm edildikleri cezanın infazının sağlanmaması şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Cezasızlığın önlenmesi durumunda bir yandan mağdurlar açısından gerekli giderim sağlanırken bir yandan yeni ihlallerin gerçekleşmesini engelleyecek caydırıcı bir etki ortaya çıkması mümkün olacaktır (*Süleyman Deveci*, B. No: 2013/3017, 16/12/2015).

44. İşlenen suç ile verilen cezalar arasında orantısızlık olması ya da hiç ceza verilmemesi durumunda bu tür eylemlerin önlenmesini sağlayabilecek caydırıcı bir etki ortaya koymaktan oldukça uzak kalmakta, kişilerin fiziksel ve ruhsal bütünlüklerinin idari ve yasal mevzuat aracılığıyla korunması hususundaki pozitif yükümlülüğün yerine getirilememesi sonucu doğmaktadır (*Süleyman Deveci*, § 102).

45. İlk derece mahkemesinin -eylemin nitelik ve ağırlığı dikkate alındığında- sanıklar hakkında hapis cezasına ilişkin HAGB kararı sonucunda deneme süresi içinde suç işlememeleri hâlinde bu ceza hiç vaki olmamış sayılarak adli ve memuriyet siciline yansımaz. Verilen bu karar cezanın infazının ertelenmesinden daha güçlü bir etkiye sahiptir ve sanığın cezadan muaf tutulması ile sonuçlanmaktadır. Ulaşılan bu sonuçun bu tür olaylara karşın kamu görevlilerine hoşgörü ile yaklaşıldığı izlenimini uyandırdığı ve bu tür fiillere eğilimi olan görevlileri cesaretlendirebileceği gibi bireylerin bu kapsamda devlete ve adalet mekanizmalarına olan güvenlerini de zedeleyebileceği açıktır.

46. Buna göre somut olayda HAGB kararı verilmesinin insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının maddi ve usul boyutunu ihlal ettiğine karar verilmesi gerekir.” AYM, Özgür Ulaş Armutcuoğlu Başvurusu, B.No:2018/27396, T.29.06.2021, p.40-46, kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr (E.T.19.09.2021).

⁶³ Enver Kumbasar, *Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012, s.95-97.

⁶⁴ AYM, Mustafa Kıvrak Başvurusu, B. No:2013/3175, T.20.02.2014, p.36-37, kararlar.yeni.anayasa.gov.tr (E.T.13.03.2021).

için kararın gerekçesinin bütün halinde dikkate alınarak mahkemece kişinin suçlu olduğuna dair bir yargıda ya da imada bulunulup bulunulmadığının incelenmesi gerekir.

Buna ek olarak, Anayasa Mahkemesi, masumiyet karinesine ilişkin konumuzla doğru-
dan bağlantı kurabileceğimiz şu açıklamalarda bulunmuştur⁶⁵:

Masumiyet karinesi, kişinin suç işlediğine dair kesinleşmiş bir yargı kararı olmadan suçlu olarak kabul edilmemesini güvence altına alır. Bunun sonucu olarak, kişinin masumiyeti “asil” olduğundan suçluluğu ispat külfeti iddia makamına ait olup, kimseye suçsuzluğunu ispat külfeti yüklenemez. Ayrıca hiç kimse, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar yargılama makamları ve kamu otoriteleri tarafından suçlu olarak nitelendirilemez ve suçlu muamelesine tabi tutulamaz (B. No: 2012/665, 13/6/2013, § 26).

Bu çerçevede, masumiyet karinesi kural olarak, hakkında bir suç isnadı bulunan ve henüz mahkûmiyet kararı verilmemiş kişileri kapsayan bir ilkedir. Suç isnadı mahkûmiyete dönüşen ve suçluluğu sabit hale gelen kişiler açısından ise, artık “hakkında suç isnadı olan kişi” statüsünde olmadıkları için masumiyet karinesi iddiasının geçerli bir dayanağı kalmamaktadır. Ancak ceza davası sonucunda kendisine isnat edilen suçu işlemediğinin sabit olduğu veya suçu işlediğine kesin olarak kanaat getirilemediği ve bu nedenle sanık hakkında beraat kararı verilen durumlarda kişi hakkında masumiyet karinesinin devam ettiğinin kabulü gerekir. Çünkü böyle durumlarda Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü ve Sözleşme'nin 6. maddesinin (2) numaralı fıkraları anlamında kişinin suçluluğu sabit olmamıştır ve bu nedenle suçlu sayılamaz.

Masumiyet karinesi, suç isnadının karara bağlandığı yargılamalarda geçerli olduğu için, Sözleşme'nin 6. maddesinde ifade edilen “**medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyumsuzluklar**” çerçevesinde değerlendirilen idari davalar, kural olarak masumiyet karinesinin uygulama alanı dışında kalmaktadır. Ancak idari davada uyumsuzluk konusu olan maddi olayın tespitinde idari yargı mercii, aynı maddi olayı ele alan ceza mahkemesinin daha önce verdiği beraat kararına uygun hareket etmelidir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. **X/Avusturya**, B. No:9295/81, 6/10/1982, (k.k.); **C/Birleşik Krallık**, B. No:11882/85, 7/10/1987, (k.k.)). Bu kural, kişi hakkında verilen beraat kararı sorgulanmadığı sürece, aynı maddi olay çerçevesinde daha düşük ispat standardı kullanılarak kişinin disiplin sorumluluğu çerçevesinde yaptırımı tabi tutulmasına engel teşkil etmemektedir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. **Ringvold/Norveç**, B. No:34964/97, 11/2/2003, §38).

...Bu çerçevede, ceza davası dışında fakat ceza davasına konu olan eylemler nedeniyle devam eden idari uyumsuzluklarda, **açıklaması geri bırakılan** mahkûmiyet kararına dayanılması masumiyet karinesi ile çelişebilir. Buna karşılık, idari uyumsuzluğun çözümüne esas teşkil etmesi bakımından salt kişinin yargılanmış olmasından ve **hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair karardan** söz edilmesi, masumiyet karinesinin ihlal edildiğinden söz edebilmek bakımından yeterli değildir. **Bunun için kararın gerekçesinin bütün halinde dikkate alınması ve nihai kararın münhasıran hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen fiillere dayanıp dayanmadığının incelenmesi gerekir..**

III. İDARİ YARGIDA HAGB

Gelinen noktada, İdari Yargıda HAGB'yi özellikle uygulamada çeşitli meslek gruplarından kamu görevlileri hakkında verilen HAGB kararlarının daha fazla karşımıza çıkıyor olmasından dolayı ayrı bir başlık altında ele alındığı söylenmelidir. Ayrıca içerik ve kapsam itibarıyla sahip olduğu hacim, bu bölümün HAGB'nin Diğer Yargı Kollarında Ele Alınışı'ndan ayrılmasını zorunlu kılmıştır.

⁶⁵ AYM, Hüseyin Şahin Başvurusu, B. No:2013/1728, T.12.11.2014, p.37-40; kararlaryeni.anayasa.gov.tr (E.T.13.03.2021).

Ceza Muhakemesi Kanununun 231. maddesinde Anayasa m. 174'ü istisna tutmasına benzer şekilde, memur yargılaması bakımından yol gösterici özel bir düzenlemeye yer verilmediği öncelikle belirtilmelidir. Gerek uygulamada gerekse öğretilde, HAGB'ye yönelik genel bir kural niteliğinde istisna düzenlemesinin olmamasının özellikle memuriyete nasıl bir etkisinin olacağı tartışılmıştır⁶⁶.

A. GENEL OLARAK

Kamu hizmetine girme ve bu hizmeti sürdürme hakkı, Anayasa m. 70 ile anayasal ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile de kanuni güvenceye sahiptir. Devletin kamusal görevleri yerine getirmesi yükümlülüğü kadar, bunu uygun araç ve kişilerle yürütmesi de bir gerekliliktir⁶⁷.

Herkesin kamu görevine girme hakkına sahip olmasıyla birlikte, her bir meslek için ilgili mesleğin gereklerine mukabil genel ve objektif koşulların öngörülmesi de doğaldır. Bu doğrultuda, söz konusu haktan yararlanmak için her vatandaş bakımından kanun koyucu tarafından bağlayıcı olarak tanımlanmış bulunan ilgili görevin gereklerine uygun nitelikleri taşımak yeterli olacaktır⁶⁸.

Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin de bu hususları *gerçeklere uygun, nesnel ve zorunlu bir neden sonuç ilişkisi* temelinde açıkladığı eski tarihli bir kararı bulunmaktadır⁶⁹.

Kamu görevleri bakımından çok farklı statüler bulursa da bu hususta kapsam itibarıyla en geniş düzenleme tartışmasız 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'dur. DMK'nın kapsamı dışında kalan kamu personeline öncelikle kendi tabi oldukları mevzuat uygulanmaktadır. Ancak ilgili kanunda hüküm bulunmadığı ya da doğrudan DMK'ya atıfta bulunulduğu takdirde DMK uygulama alanı bulabilmektedir⁷⁰. Bu açıdan DMK, statüsü özel kanunlarla düzenlenmiş kamu personelleri açısından genel hüküm niteliğindedir⁷¹.

⁶⁶ Çınarlı, Arslan Hızal, s.15 vd.; Çolak, Özdemir, s.105 ve 112 vd.

⁶⁷ Çolak, Özdemir, s.94.

⁶⁸ Çolak, Özdemir, s.118; Sezer, İpek, s.57.

⁶⁹ “Bu kuralda önem taşıyan ve üzerinde durulması gereken yön, ödevin gerektirdiği niteliklerin ne olduğu ve bu sözcüklerden ne anlaşılması gerektiğidir. Anayasa, ödevle nitelik arasında sıkı bir ilişki ve bağ olduğunu, bunun dışında hizmete alınmada hiçbir nedenin gözetilmeyeceğini, daha açık bir anlatımla ayrımın yalnızca ödev-nitelik ilişkisi yönünden yapılması gerektiğini buyurmaktadır. O halde ödevle, onun gerektirdiği niteliği birbirinden ayrı düşünmeye olanak yoktur. Buna göre, o nitelikler görevlilerde bulunmadıkça o ödev yerine getirilemeyecek ya da ödev iyi bir biçimde yerine getirilmiş olmayacak demektir. Kamu hizmetlerinin özelliklerinin olduğu ve bu hizmetleri gören idare ajanlarının da özel statülere bağlı bulunduğu bilinen bir gerçektir. Memurlarda yasalarca aranan nitelikler ve onlar hakkında yasalarda öngörülen kısıtlamalar, kamu hizmetinin etkin ve esenlikli bir biçimde yürütülmesi amacına yöneliktir. Bu nedenle bir kamu hizmetine alınacaklarla ilgili yasal niteliklerle kısıtlamalar düzenlenirken, doğrudan doğruya, o hizmetin gereklerinin göz önünde tutulması, başka bir anlatımla konulan nitelik ve kısıtlamalarla hizmet arasında gerçeklere uyan, nesnel ve zorunlu bir neden sonuç ilişkisinin kurulması gereklidir.” AYM, T.09.10.1979, E.1979/19, K.1979/39, Yeliz Şanlı Atay, “Memurluğa Girişin Genel Bir Şartı Olarak Güvenlik Soruşturması”, *İnsan Hakları Yıllığı*, C.34, 2016, 43-75, s.45-46.

⁷⁰ Sezer, İpek, s.58.

⁷¹ Çınarlı, Arslan Hızal, s.15.

B. DMK M.48/A-5 ÇERÇEVESİNDEKİ DEĞERLENDİRMELER

DMK m. 48'de kamu görevine atanmak ve bu görevi sürdürmek için gereken asgari şartlar, genel ve özel olmak üzere sayılmıştır. Özellikle genel şartlar olarak sayılan hususların sadece memurlar için değil, tüm kamu görevlileri için aranan şartlar olduğunu ifade etmek gerekir⁷². Konumuzla doğrudan ilişkili kısmı itibarıyla DMK m. 48/A-5 numaralı alt bendinde, devlet memurluğuna alınacak ve haliyle bu statüyü devam ettirecek kişilerin mahkûm olmaması yani hükümlü sıfatını taşıması aranmaktadır. Özellikle bu alt bentte sayılan suçlar bakımından cezanın türü ve ağırlığı ayırım gözetmeksizin “*hükümlü bulunmamak*” şarttır. Bu hüküm çerçevesinde sayılan suçlar bakımından hapis cezasının adli para cezasına çevrilmiş olması ya da doğrudan adli para cezası verilmiş olması mühim değildir⁷³.

Dahası bu noktada, dikkat edilecek olursa düzenlemede bir unsur olarak ele alınan suçlar, bütünüyle kasten işlenebilen suçlardır. Dolayısıyla taksirle işlenen suçlar bakımından gerek uygulamada gerek öğretide ifade edildiği kadarıyla memuriyete herhangi bir engel oluşmadığını belirtmek yerinde olacaktır⁷⁴. Bu bağlamda, taksirli suçtan dolayı kısa süreli veya süreli hapis cezası ile mahkûm olan kişi, kamu görevlisi değilse cezasının infazından sonra kamu görevlisi olabilecektir. Bu esnada kamu görevlisi ise, cezaevinde bulunduğu süre zarfında mazeretli sayılacağı için, fiilen memurluk yapamayacağından bu noktada memuriyeti askıya alma işlemi tesis edilerek, infazın ve hak yoksunluklarının sona erdiği tarih itibarıyla göreve dönebilecektir⁷⁵.

Gelinen noktadan hareketle bir soruşturma veya kovuşturmanın memuriyete engel teşkil edebilmesi için kural olarak mahkûmiyetle sonuçlanması gerekmektedir. İnceleme konusu hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumu açısından, HAGB kararının, kasıtlı olarak işlenen suçlardan dolayı özellikle bir yıl veya daha fazla olan hapis cezasına ya da DMK'nın

⁷² Şanlı Atay, s.44.

⁷³ Mehmet Karaarslan, “Suç ve Cezaların Memuriyete Etkisi”, *AÜHFD*, C.58, S.1, 2009, 95-138, s.104-105.

⁷⁴ “Belirtilen hükümlere göre, ceza mahkemesince verilen bir mahkûmiyet kararının Devlet memurluğuna engel bir nitelik taşıması halinde, bu karar nedeniyle memurluğa alınma şartlarından birini kaybetmiş duruma düşmeyen bir Devlet memurunun, memuriyetine son verilemeyeceği açık olmakla birlikte, yukarıda sözü edilen nitelikte bir cezanın infazı süresince ilgili Devlet memurunun göreve devam edebilmesine fiilen imkân bulunmadığı da kuşkusuzdur. Devlet memurunun göreve gelmeme eylemi, 657 sayılı Yasanın 125 inci maddesinde çeşitli disiplin cezalarına konu edilmiş, özürsüz olarak bir veya iki gün göreve gelmemek eyleminin aylıktan kesme cezası ile, özürsüz ve kesintisiz 3-9 gün göreve gelmemek eyleminin kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile, özürsüz olarak bir yılda toplam 20 gün göreve gelmemek eyleminin ise Devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Görüldüğü üzere, anılan disiplin cezalarının verilebilmesinin ön şartını “özürsüz olarak göreve gelmemek” hususu oluşturmaktadır.

Öte yandan, 657 sayılı Yasanın 94 üncü maddesinde de izinsiz veya kurumlarda kabul edilen bir mazereti olmaksızın görevin terk edilmesi ve bu terkin kesintisiz 10 gün devam etmesi halinde, yazılı müraعات şartı aranmaksızın memurun görevden çekilme isteğinde bulunmuş sayılacağı hükmü yer almaktadır.

Devlet memurlarının haklarında verilen ve Devlet memurluğuna engel nitelik taşımayan hapis cezalarını idareye bildirerek bu cezanın infazı amacıyla cezaevine girmelerinin, göreve devamsızlıkları bakımından geçerli bir mazeret oluşturduğu özür hallerinin, anılan Yasanın 104 üncü maddesinde öngörülen mazeret iznine konu haller ile sınırlı bulunmadığı yargı kararıyla kabul edildiğinden, ilgili hakkındaki geçerli bir mazeretinin bulunmaması şartına dayanan disiplin cezası ile görevden çekilmiş sayılmaya ilişkin hükümlerin uygulanabilmesine hukuken olanak bulunmamaktadır.

Bu durumda, Devlet memurluğuna engel nitelik taşımayan bir hapis cezasının infazı amacıyla cezaevine giren Devlet memuru hakkında, 657 sayılı Yasanın 94, 98 ve 125 inci maddeleri uyarınca işlem tesis edilebilmesi hukuken mümkün değildir.” D1.D, T.13.01.2004, E.2003/170, K.2004/3, Sezer, İpek, s.60, dn.61; emsal.danistay.uyap.gov.tr (E.T.13.03.2021).

⁷⁵ Uğur Sökmen, “Kamu İdaresinde Mahkûmiyeti Olanların Devlet Memuru Olmaları ve Memuriyet Statüsünü Kaybetmeleri”, *Maliye Dergisi*, S.158, 2010, 618-639, s.631; Çınarlı, Arslan Hızal, s.20.

48'inci maddesinde “affa uğramış olsalar bile” denilerek memuriyete engel olarak düzenlenen suçlara dayanması ihtimalinde kamu görevine girmeye ya da bu görevi sürdürmeye herhangi bir engel teşkil edip etmeyeceği çözümlenmelidir⁷⁶.

Hakkında HAGB kararı verilen memur, kural olarak memuriyet şartlarını doğrudan kaybetmez. DMK m. 48/A'da yer alan memuriyete alınacaklarda bulunması gereken şartları doğrudan kaybetmiş de sayılmaz⁷⁷. Çünkü HAGB kararının şartlarına herhangi bir aykırılıkla karşılaşılmadıkça ortada bir mahkûmiyet söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla DMK'nın aradığı mahkûm olmama şartı hali hazırda muhafaza edileceği için ortada bir ehliyetsizlik veya şartsızlık da bulunmayacaktır⁷⁸. Bu çerçevede kurum, CMK m. 231/5 ve 10 ile de birlikte düşünüldüğünde, kamu görevinin sona ermemesini veya diğer bir ifadeyle kamu görevine son verilmemesini gerektirmektedir⁷⁹. Diğer bir bakış açısıyla belirtmek gerekir ki, *hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü bulunmayan bir kişinin hukuki durumunu mahkûmiyet hükmüne bağlanan sonuçlara dayanarak kısıtlamak, suçsuzluk karinesinin ihlâli anlamına gelecektir*⁸⁰.

C. DMK M.98/B ÇERÇEVESİNDEKİ DEĞERLENDİRMELER

Memuriyetin sona ermesini düzenleyen 98. madde, özellikle (b) bendinde *Devlet memurlarının, memurluğa alınma şartlarından herhangi birini taşımadığının sonradan anlaşılması veya memurlukları sırasında bu şartlardan herhangi birini kaybetmesi, hallerinde memuriyetlerinin sona ereceğini hükme bağlamaktadır*. Danıştay kararlarında da açıkça ifade edildiği üzere, DMK 98/b maddesi uyarınca Devlet memurlarının görevlerine son verilmesi işleminin sebep unsurunu yine DMK m. 48'de sayılan bir suçtan doğan kesinleşmiş mahkûmiyet hükmü oluşturmaktadır⁸¹.

Ancak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı veya ona esas teşkil eden karar, bu çalışmada defaatle belirtildiği üzere kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü niteliğini haiz değildir. Dolayısıyla öğretide bir görüşün açıkça ifade ettiği biçimde, ilgili memurun memuriyetine hiçbir etkisi olmamakla birlikte, *memur hukuku açısından hükmün açıklanmasının geri*

⁷⁶ Çınarlı, Arslan Hızal, s.22; Sezer, İpek, s.61.

⁷⁷ Centel, Zafer, s.872, dn.189; Çınarlı, Arslan Hızal, s.22-23 ve 26.

⁷⁸ Karaarslan, s.109; Sökmen, s.634.

⁷⁹ Pınar, Çalışkan, s.203.

⁸⁰ Baştürk, s.459.

⁸¹ “Devlet memurlarının 657 sayılı Yasanın 98/b maddesi uyarınca görevlerine son verilmesi işleminin sebep unsurunu 48. maddede sayılan ve memuriyete engel kabul edilen bir suçtan mahkûmiyet ve bu mahkûmiyete ilişkin kesinleşmiş bir mahkeme kararı oluşturmaktadır.

Her ne kadar dava konusu işlemin tesis edildiği tarih itibarıyla, bahsedilen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair hüküm tesis edilmemiş ve işlemin tesis edildiği aşamada bu anlamda bir hukuka aykırılık bulunmaktansa de; ceza kanunu yönünden lehe olan hükmün uygulanması kapsamında verilen yeni kararlarla birlikte ortaya çıkan ve yukarıda özetlenen yeni hukuki durum karşısında, dava konusu işlemin dayanağının hukuken ortadan kalktığı ve işlemin sebep unsuru yönünden hukuka aykırı hale geldiği sonucuna varılmıştır.

Bu durumda davacının memuriyetine engel olacak nitelikte bir suçtan mahkûm olduğundan söz edilemeyeceğinden, dava konusu göreve son işleminin iptali istemiyle açılan davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında bu aşamada ve bu nedenle hukuki isabet görülmemiştir.” D12.D, T.09.07.2008, E.2007/2534, K.2008/4502, emsal.danistay.uyap.gov.tr (E.T.13.03.2021); Sezer, İpek, s.63; Pınar, Çalışkan, s.234; Benzer karar ve değerlendirme için bkz. D12.D, T.12.02.2013, E.2010/1591, K.2013/439, Çınarlı, Arslan Hızal, s.26.

*bırakılması af kanunundan daha geniş, kapsayıcı ve lehe sonuçlar doğurmaktadır*⁸². Bu şekilde olmasına karşın uygulamada gerek HAGB kararının gerekse buna esas teşkil eden mahkûmiyet hükmünün adeta kesin hüküm niteliğindeki gibi dikkate alındığı ve ciddi anlamda eleştiriye açık kararlar karşımıza çıkmaktadır. Örnek olarak İzmir Bölge İdare Mahkemesinin şu kararı gösterilebilir⁸³:

... sanığın netice itibarıyla aldığı ceza miktarı, geçmişteki sabıkasızlık hali, kişilik özellikleri, yargılamadaki tutum ve davranışları ile tazmin şartının gerçekleşmiş olduğu dikkate alınarak Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231/5. maddesi uyarınca sanık hakkında **"hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına"** karar verildiği ve kararın bu haliyle davacı yönünden **31.05.2017** tarihinde kesinleştiği anlaşılmaktadır.

Buna göre, davacı hakkında verilen **"sahtecilik"** ve **"güveni kötüye kullanma"** suçlarından mahkumiyet kararının memurluğa alınmaya engel teşkil ettiği, "sahtecilik" ve "güveni kötüye kullanma" suçları nedeniyle verilen cezalara yönelik olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş olmasının dahi memurluğa alınmaya engel teşkil ettiği açıktır.

Eleştiriye açık bir örnek olarak verdiğimiz bu kararda, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumuna ilişkin bu çalışmanın bütününde yer alan tüm ilkelere ve yerleşik uygulamaya aykırı bir kabule yer verildiği ifade edilmelidir. Yargı pratiğinde hukuk birliği ile güvenliği sağlama ve muhafaza etme adına, mahkemelerin kurumun sözü ve özüyle bağdaşan nitelikte kararlar vermesi gerektiğini hatırlatmak isteriz. Diğer yandan, HAGB kararının itiraz edilerek ya da itiraz kanun yolu sonrasındaki şekli inceleme neticesinde hukuka uygun bulunarak kesinleşmesini, başlı başına memuriyete engel teşkil eden kesinleşmiş mahkûmiyet hükmü gibi kabul etmek kurumun varlığıyla örtüşmeyen bir yaklaşımdır.

D. HAGB KURUMUNA AÇIKÇA YER VERİLEN BAZI DÜZENLEMELER

Kanun koyucunun HAGB müessesesine, DMK m. 48/A-5'te yer vermeyip, *hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş olsa bile/dahi* demek suretiyle 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu (m.10/f), 4678 sayılı Türk Silahlı Kuvvetlerinde İstihdam Edilecek Sözleşmeli Subay ve Astsubaylar Hakkında Kanun (m. 4/3) gibi kanunlarda açıkça yer verdiğini görmekteyiz. Bu açıdan örneğin kamu denetçisi ya da sözleşmeli subay adayı

⁸² Çolak, Özdemir, s.113; "Öğretide de, 5728 sayılı Kanunla, 657 sayılı Kanun m.48/A-5 değiştirilirken, maddede sayılan suçlar yönünden bir istisna getirilmesinin daha uygun olacağını, memuriyetle bağdaşmayan suçlardan birini işleyen kişilerin, bu suçları mahkemece sabit görüldüğü, mahkûmiyet öngörüldüğü ve hatta verilecek hapis cezası miktarı da belirlendiği halde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması nedeniyle memuriyetine devam ettirilmesinin, kabul edilemez ve toplum vicdanını zedeleyen bir durum olduğunu, kamu hizmetinin memuriyetle bağdaşmayacak derecede yüz kızartıcı suç işlemiş kişiler tarafından sürdürülmesinin toplumun kamu görevi görenlere, dolayısıyla devlete güvenini sarsacağını savunan görüşler bulunmaktadır. Ancak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun amacının, kişiye ikinci bir şans verilerek topluma kazandırılması olduğu göz önünde bulundurulduğunda, kanaatimizce memuriyete giriş bakımından da aynı amaç doğrultusunda, herhangi bir suçla ilgili olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmişse, bu durumun memuriyete engel olmayacağını kabulü gerekir." Çınarlı, Arslan Hızal, s.23.

⁸³ İzmir Bölge İdare Mahkemesi 2. İdare Dava Dairesi, T.20.09.2017, E.2017/7208, K.2017/7103. (26.08.2021 tarihi itibarıyla Danıştay'dan temyiz incelemesi beklenmektedir.)

hakkında HAGB kararı verilmiş olması, konunun özel bir kanuni düzenlemeye bağlanmış olması dolayısıyla başvuruda bulunmaya engel teşkil edecektir⁸⁴.

Kanuni bir düzenleme olmamakla birlikte, Polis Meslek Yüksek Okulları Giriş Yönetmeliği'nin adaylarda aranılacak nitelikleri sayan 8. maddesi içerisindeki h bendi *hükmün açıklanmasına karar verilmemiş olmak* düzenlemesi ile örnek olarak gösterilebilir⁸⁵. Ancak bu benzeri örnekler bakımından unutulmaması gereken bir husus da Anayasa m.128 hükmüdür. “*Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.*” Hükmü dolayısıyla her türlü özel şartın ilgili kanunlarda düzenlenmesi, kanunilik ilkesinin bir gereği olarak ileri sürülebilir⁸⁶.

Belirtmek gerekir ki *hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş olsa bile/dahi* şeklindeki bir düzenleme metodu eleştiriye açıktır. Kanun koyucu tarafından illa bir ayırım noktası verilmek isteniyorsa, bu, belki de “*hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının sonuçları başdenetçi/denetçi/subay... adaylarıyla ilgili mahkûmiyetler açısından uygulanmaz*” şeklindeki daha açık ve anlaşılır bir ifade ile sağlanabilir⁸⁷. Ya da Polis Meslek Yüksekokulları Giriş Yönetmeliği'ndeki gibi bir sistematik de benimsenebilir:

Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; üst sınırı bir yıl veya daha fazla hapis cezası öngörülen kasten işlenmiş suçlar ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48/A-5 maddesinde sayılan suçlardan dolayı, 1) Affa uğramış veya yasaklanmış haklar geri verilmiş olsa dahi mahkûmiyeti bulunmamak. 2) Hükmün açıklanmasına karar verilmemiş olmak. 3) Devam etmekte olan bir kovuşturma bulunmamak veya kovuşturması uzlaşma ile neticelenmemiş olmak.

E. DMK M.131 ÇERÇEVESİNDEKİ DEĞERLENDİRMELER

DMK m. 131 ile kanun koyucunun esas itibarıyla öngördüğü, idari yargı ile ceza yargısının işleyişinin birbirlerine engel olmayacağıdır⁸⁸. Bu safhalarda yapılan işlemlerin birbirini etkileyeceği tartışmasızdır. Özellikle ceza davasında kesinleşen mahkûmiyet hükmü ya da sanığın suç işlemediğinin sübutuna dayanan beraat kararı disiplin merciini bağlayacaktır⁸⁹. Anayasa Mahkemesi'nin bu kapsamda benzer bir değerlendirme yaptığı söylenebilir⁹⁰:

Ceza ve ceza muhakemesi hukuku ile disiplin hukukunun farklı kural ve ilkelere tabi disiplinler olduğunun hatırlanmasında yarar vardır. Buna göre kamu görevlisinin davranışı, suç tanımına uymasının yanı sıra disiplin sorumluluğunu da gerektirebilir. Böyle durumlarda ceza muhakemesi ve disiplin soruşturması ayrı ayrı yürütülür ve ceza muhakemesi sonucunda kişinin isnat edilen eylemi işlemediğine dair hükümler dışında, ceza mahkemesi hükmü disiplin makamları açısından doğrudan bağlayıcı değildir (B. No:2012/665, 13/6/2013, §30). Ancak bu kapsamda yapılan değerlendirmelerde delil yetersizliğine

⁸⁴ Çınarlı, Arslan Hızal, s.24; Karakehya, s.563; bu kapsamda ayrıntılı incelemeler için bkz. Coşkun Özbudak, “(Kanunla Da Olsa) HAGB Kararına Mahkûmiyetin Hukuki Sonuçları Bağlanabilir Mi?”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2016/3, 521-532; Seyit Rasim Doru, “Devlet Memurluğuna Alınma Şartlarından Biri Olarak Mahkûmiyet”, *İÜHFİM*, C.LXXIII, S.2, 2015, 49-70, s.63; Baştürk, s.459 vd.

⁸⁵ Çınarlı/Arslan Hızal, s.23; Şanlı Atay, s.71; Turan, s.186.

⁸⁶ Şanlı Atay, s.49.

⁸⁷ Doru, s.64.

⁸⁸ Çınarlı, Arslan Hızal, s.27; Kumbasar, s.242.

⁸⁹ Sezer, İpek, s.68.

⁹⁰ AYM, Hüseyin Şahin Başvurusu, B. No:2013/1728, T.12.11.2014, p.41; kararlaryeni.anayasa.gov.tr (E.T.13.03.2021).

dayalı olsa bile kişi hakkında verilen beraat kararına aykırı olarak kişinin suçsuz olmadığı yönünde değerlendirmelerden kaçınılması gerekir.

Fakat burada bu çalışmanın esas konusunu teşkil eden hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesi, mahkûm olma ya da olmama kararlarından farklı olduğu için, ceza mahkemesinin bu kararı disiplin soruşturması bakımından güçlü bir delil niteliği taşımaktadır⁹¹. Nitekim delil yetersizliğine dayanılarak verilen beraat kararlarında dahi kişiye disiplin yaptırımını uygulanabiliyorsa, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarında da disiplin hukukunun gerektirdiği yaptırımların uygulanmasına engel bir durum bulunmasa gerektir⁹². Buradan hareketle idare, ilgili kamu görevlisi hakkında henüz disiplin soruşturması yoluna başvurmamış ise bu yolu işletmek; bu yola başvurmuş ise ceza mahkemesi kararı ışığında söz konusu soruşturmayı bir an önce neticelendirmek zorundadır⁹³. Bu çerçevede, HAGB kararları, ihtiyati bir tedbir olarak DMK m. 137 uyarınca görevden uzaklaştırılmaya da engel teşkil etmez. Görevden uzaklaştırılma, HAGB kararından sonra verildiği takdirde, ancak disiplin soruşturması gerekçe gösterilerek verilebilir. Bu takdirde de DMK m. 145'e göre, uzaklaştırma en çok üç ay süreyle devam edebilir. Süre sonunda bir karar verilmediği takdirde memur görevine başlatılır⁹⁴.

SONUÇ

Mevzuatımızda on beş yılı aşkın bir süredir yer alan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, bütünsel bir değerlendirmeye tabi tutulduğunda Yargıtay'ın da içtihatlarında belirttiği üzere *karma* nitelik arz etmektedir. HAGB'nin taşıdığı temel misyonlardan biri, kişileri damgalanmak ya da lekelenmekten sakınmaktır.

HAGB kararının ortaya çıkabilmesi için gereken ilk şart bir mahkûmiyet hükmünün bulunmasıdır. Bu hüküm, ikinci olarak iki yıl veya daha az süreli hapis ya da adli para cezası

⁹¹ “Sonuç olarak, memurun işlemiş olduğu suç nedeniyle hakkında yapılan yargılama sonucu verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı memurun 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48/A-5 ve 98. Maddeleri uyarınca devlet memurluğundan çıkarılması için yeterli olmamakla birlikte, süresi içerisinde başlatılan disiplin soruşturması sonucunda memurun suç teşkil eden eylemi 657 sayılı Yasa'nın 125/E-g maddesi uyarınca memurluk sıfatıyla bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareket olarak değerlendirilerek yetkili kurullar tarafından devlet memurluğundan çıkarılmasına da engel teşkil etmeyecektir.” Çolak, Özdemir, s.117-118.

⁹² Çınarlı, Arslan Hızal, s.27.

⁹³ Sezer, İpek, s.69-70; “Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının kurulan hükmün sanık hakkında hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade ettiği Ceza Muhakemesi Kanununun 231. maddesinde açıkça belirtilmiş olup, buna göre sanığın suçluluğu sabit olmakla birlikte Kanunda öngörülen denetimli serbestlik tedbirlerine uygun davranılması ve öngörülen diğer koşulların varlığı halinde suç hiç işlenmemiş gibi kabul edileceği açıktır. Ancak 5271 sayılı Yasada düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesinin kamu görevi yürüten kişinin göreve devam yönünden değerlendirilmesinde, ceza mahkemesince yapılan yargılama sonucunda sanığın suçluluğu sabit görülerek hüküm kurulduğu ve suç işlediği sabit olan kişinin bu vasfıyla yürüttüğü kamu görevine etkisinin belirlenmesi gerekmekte olup, disiplin cezaları ve ceza verilmesine neden olan eylemler memurların çalıştıkları kurumun düzenine aykırı fiilleri nedeniyle kendilerine uygulanan zorlayıcı önlemler niteliğinde olduğundan disiplin cezasını gerektiren fiilin niteliğine göre ceza yargılamasında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş olması disiplin hukuku yönünden ortada bir ceza mahkûmiyeti bulunmadığından bahisle disiplin cezası uygulanmaması sonucunu doğurmayacaktır. İşlenen fiilin niteliğinin yürütülen görevin gerektirdiği niteliklerin kaybedilmesi mahiyetinde olduğu hallerde fiilin karşılığı disiplin cezasının uygulanması yargı kararıyla suçun sabit olması hususu dikkate alınarak kamu görevlisinin tabi olduğu mevzuat yönünden yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir.” D12.D., T.25.05.2012, E.2011/9670, K.2012/3553, Pınar, Çalışkan, s.236.

⁹⁴ Sezer, İpek, s.70-71.

içermelidir. Zikredilen şartların gerçekleşmesi durumunda sanığın da kararı kabulü ile daha önce “kasıtlı” bir suç işlemediği, yeniden suç işlemeyeceği yönünde mahkemede kanaat oluşması ve meydana gelen zararın giderilmesi de söz konusuysa hükmün açıklanması geri bırakılabilecektir.

HAGB kararı verilmesinin ortaya çıkardığı belki de en önemli sonuç, CMK m. 231/5-son cümle uyarınca kurulan mahkûmiyet hükmünün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade etmesidir. Elbette HAGB kararının hükmün sonuçlarını kısmen doğurduğu denetime tabi tutulmak veya açıklanmayan hükmün diğer yargı kollarında delil niteliği taşıması gibi bazı haller dışında esas olan, kurulan mahkûmiyet hükmünün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasıdır.

Anayasa Mahkemesi içtihatlarının da ifade ettiği biçimde, idari yargılama ile ceza yargılamasının farklı usul ve esaslara tabi olduğu söylenmelidir. Yüksek Mahkeme, bireysel başvuru kanalıyla önüne gelen vakalarda konuya ilişkin genel olarak, öncelikle HAGB müessesesinin ne olduğunu, sonrasında masumiyet karinesi bakımından HAGB’nin nasıl değerlendirilebileceğini ve nihayetinde idare hukuku ile ceza hukuku alanlarının farklı usul ve esasa tabi disiplinler olduğunu sırasıyla irdelemektedir.

Kamu hizmetine girme ve bu hizmeti sürdürme hakkı bağlamında, kişilerin taşımaları gereken genel ve özel bazı şartlar bulunmaktadır. Bu noktada taşıdığı genel hüküm olma kriteri bakımından 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ve onun 48/A-5 ile 98/b maddeleri oldukça kapsamlı bir şekilde uygulama alanı bulmaktadır. HAGB’nin söz konusu maddeler içerisinde bir istisna taşımadığı bilinmektedir. Nitekim kanun koyucunun, bu yönde tesis ettiği az sayıdaki düzenlemede HAGB kurumuna seçici bir kriter olarak yer verdiği bilinmektedir.

Gerek Yargıtay içtihatları gerek Anayasa Mahkemesi’nin belirlediği ilkeler gerekse genel hüküm niteliğindeki DMK’da, HAGB’ye yönelik bir istisna düzenlemesine gidilmediği ve CMK’daki mahkûmiyet hükmünün sanık hakkında bir hüküm doğurmayacağı kuralına dikkat edildiği takdirde, pek çok Danıştay içtihadına da konu olduğu biçimde HAGB kararının idari yargı kolunda ya da kamu görevliliğine doğrudan bir etkisi olmayacağını ifade etmek gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Balo, Yusuf Solmaz, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Baştürk, İhsan, *Hükmün Açıklanmasının Ertenilmesi*, 2. Baskı, Ankara: Bilge Yayınevi, 2021.
- Centel, Nur / Zafer, Hamide, *Cezâ Muhakemesi Hukuku*, 18. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020.
- Çıglı, Halil, “Yargıtay Kararları Çerçevesinde Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasına Daha Önceden Kasıtlı Bir Suçtan Mahkûm Olmama Şartına İlişkin Bir Değerlendirme”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt:9, Sayı:100, Aralık 2014, 17-23.
- Çınarlı, Serkan / Arslan Hızal, Sevinç, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Memuriyete Giriş ve Memuriyetin Sona Ermesine Etkisi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt:12, Sayı:134, Ekim 2017, 14-30.
- Çolak, Nusret İlker / Özdemir, Dursun, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Memuriyete Etkisi”, *TAAD*, C.1, Y.2, S.5, 2011, 93-122.
- Donay, Süheyl, *Güncellenmiş Cezâ Yargılaması Hukuku*, İstanbul: Beta Basım Yayım, 2015.
- Doru, Seyit Rasim, “Devlet Memurluğuna Alınma Şartlarından Biri Olarak Mahkûmiyet”, *İÜHFİM*, C.LXXIII, S.2, 2015, 49-70.
- Gökçen, Ahmet / Balcı, Murat / Alşahin, Mehmet Emin / Çakır, Kerim, *Cezâ Muhakemesi Hukuku*, 3. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Gürühan, Caner, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasına İlişkin Güncel Sorunların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, *TBB*, 2014(111), 133-162.
- İpek, Ali İhsan, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2010.
- Karaarslan, Mehmet, “Suç ve Cezaların Memuriyete Etkisi”, *AÜHFİM*, C.58, S.1, 2009, 95-138.
- Karakehya, Hakan, *Cezâ Muhakemesi Hukuku I*, Ankara: Savaş Yayınevi, 2015.
- Kaya, Emir, “İnsan Hakları Açısından Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2013/3, 408-436.
- Kumbasar, Enver, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012.
- Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar, *Cezâ Muhakemesi Hukuku*, 13. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Özbudak, Coşkun, “(Kanunla Da Olsa) HAGB Kararına Mahkûmiyetin Hukuki Sonuçları Bağlanabilir Mi?”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2016/3, 521-532.
- Özen, Mustafa, *Öğreti ve Uygulama Işığında Cezâ Muhakemesi Hukuku*, 3. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Özgenç, İzzet, *Türk Cezâ Hukuku Genel Hükümler*, 16. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Öztürk, Bahri / Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Sırma Gezer, Özge / Saygılar Kırıt, Yasemin F. / Alan Akcan, Esra / Özyayın, Özdem / Erden Tütüncü, Efser / Altınok Villemin, Derya / Tok, Mehmet Can, *Nazari ve Uygulamalı Cezâ Muhakemesi Hukuku*, 13. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Parlar, Ali, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Erteleme*, Ankara: Bilge Yayınevi, 2010.
- Pınar, İbrahim / Çalışkan, Öner, *Açıklamalı İctibatlı Memurluğun & Kamu Görevinin Sona Ermesi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Sezer, Yasin / İpek, Ali İhsan, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Kamu Personel Hukukuna Etkileri”, *TAAD*, C.1, Y.1, S.3, 2010, 43-74.
- Soyaslan, Doğan, *Cezâ Hukuku Özel Hükümler*, 11. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.
- Sökmen, Uğur, “Kamu İdaresinde Mahkûmiyeti Olanların Devlet Memuru Olmaları ve Memuriyet Statüsünü Kaybetmeleri”, *Maliye Dergisi*, S.158, 2010, 618-639.
- Şahin, Cumhur / Göktürk, Neslihan, *Cezâ Muhakemesi Hukuku II*, 10. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Şanlı Atay, Yeliz, “Memurluğa Girişin Genel Bir Şartı Olarak Güvenlik Soruşturması”, *İnsan Hakları Yılığ*, C.34, 2016, 43-75.

- Taner, Fahri Gökçen, “Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesinin (Geri Bırakılmasının) Hukuki Niteliği ve Ertelemeyi Kabul Edip Etmediğinin Sanığa Duruşma Devresinin Sona Ermesinden Önce Sorulmasının Hukuka Aykırılığı Üzerine”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2011/4, 285-298.
- Taneri, Gökhan, “Temel Cezanın Belirlenmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2016/3, 126-161.
- Turan, Hüseyin, *Cezâ Yargısında Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Uygulaması*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2012.
- Ünver, Yener / Hakeri, Hakan, *Cezâ Muhakemesi Hukuku*, 13. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.
- Yenisey, Feridun / Nuhoglu, Ayşe, *Cezâ Muhakemesi Hukuku*, 8. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Yurtcan, Erdener, *Cezâ Muhakemesi Kanunu (CMK) Şerhi, Cilt II (Madde 175-335)*, 7. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.

İnternet Kaynakları

emsal.danistay.uyap.gov.tr

<http://hudoc.echr.coe.int>

kararara.com

kararlaryeni.anayasa.gov.tr

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

KENDİ KORKULARINDAN KAÇANLAR: THOMAS HOBBS, JOHN LOCKE

RUNAWAYS FROM THEIR OWN FEARS:

THOMAS HOBBS, JOHN LOCKE

Anıl Aygen*

ÖZ

Orta Çağ ve Aydınlanma dönemi Avrupa tarihi, kanlı savaşlar, siyasi çalkantılar, yeni mezheplerin ortaya çıkışıyla başlayan din kavgaları ile doludur. Bu yaşanan olaylar yeni bir çağın arifesinde gerçekleşen doğum sancularına benzetilebilirse de o dönemin teorisyenlerini oldukça korkutmuş ve bu sıkıntılı sürecin nedenlerini araştırmaya itmiştir. Her teorisyen kendi yaşadıkları çevrenin, dönemin ve çektikleri sıkıntuların veya kendilerini rahatsız eden tehlikelerin etkisi ile sorunlara karşı birer bakış açısı geliştirmiştir. Geliştirdikleri bu bakış açısı ile bir yandan mevcut veya olası sorunlara çözümler ararken, gerçekte kendi korkularının yaşanmadığı bir düzenin hayalini kurmuşlardır. Bu bağlamda çalışmamız iki İngiliz egemenlik kuramcısı olan, Thomas Hobbes ve John Locke ile sınırlı olarak bu yazarların hayatı, yaşadıkları dönemin koşulları ve siyasi durumu ile onları korkutan olguları ve ortaya attıkları fikirler ile bu olgular arasında bir ilişki den bahsedilip bahsedilemeyeceğini araştırmaktadır.

Anahtar Kelimeler John Locke ~ Thomas Hobbes ~ Toplum ~ Devlet ~ Korku

ABSTRACT

In the history of Europe, Middle Ages and Enlightenment Era were full of bloody wars, political crisis and clash of religions due to newly arising sects. At the threshold of a new age those cases could seem like labour pains. But those times' scholars were frightened and searched the causes of crises they faced. All theoreticians developed a unique point of view that is affected by their sphere and era in which they live, problems they faced and disturbing threats. They searched solutions to existing or possible problems and dreamed a life that has nothing to fear with the point of view that they developed. In this context, our study focuses on two British scholars, Thomas Hobbes and John Locke. They approach to the problems from two opposite sides. Why did they see different solutions to the crises they faced? This study searches if there is a relation between their theories and their lives or not.

Keywords John Locke ~ Thomas Hobbes ~ Society ~ State ~ Fear

* Araştırma Görevlisi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı.

© 0000 0002 4025 6436 a.aygen@anadolu.edu.tr

Teşekkür: Değerli eleştirileri ile çalışmanın tamamlanmasına katkı sunan Arş. Gör. Burcu Değirmencioglu'na teşekkürlerimi bir borç bilirim.



Bu eser Creative Commons Alıntı-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.

GİRİŞ

Doğa durumu ve devletin nasıl oluştuğu ile ilgili sorular Orta Çağ sonrası yazarların ilgisini oldukça çekmiştir. Bu sorulara verilen cevap, farazi bir sözleşme olmuş ve yazarlar bu sözleşmenin koşulları ile ilgilenmişlerdir. Doğa durumu ile ilgili kaynaklara baktığımızda bu kaynakların Sofistlere kadar uzandığını görürüz. Doğa durumundan gelenin, evrensel olduğu için değişmeyeceğini savunan Sofistler bu bağlamda erdemli insanın nasıl yetiştirileceği sorusuna doğa yasalarını arayarak cevap aramışlardır.¹ Doğa durumu Orta Çağ sonrası felsefeciler için ise bir çıkış noktası olmuştur. Bir varsayım olarak karşımıza çıkan doğa durumu farklı devlet anlayışları için farklı temeller olarak tasarlanmışlardır. Thomas Hobbes ve John Locke bu bağlamda egemenlik kuramına farklı bakış açıları getirmiş yazarlardır. Bu farklılığın başlıca sebebi üstte de belirtildiği gibi yaşadıkları dönemin koşulları, içinde doğdukları sınıf ve tarihsel olayların tetiklediği bilişsel ve bilinç dışı korkular olarak düşünüldüğünde ortaya attıkları fikirler birer saik kazanmakta ve somut koşullar ile temellenmektedir. Çünkü “hayatından memnun olan, insan veya sınıf düşünmez. Düşünce tehlikelerle dolu bir dünyadır. Her düşünce bir şüphe, bir kopuştur.”² Öyleyse, çalışmamızın konusunu oluşturan yazarlar, düşünmekten daha çok korktukları bir durumdan kaçmak için düşünmeyi göze almışlardır.

Hobbes, hayatta kalma savaşını sona erdirecek bir tanrının hayalini kurarken; Locke, bu tanrının gazabından korunmak için onu olabildiğince yeryüzüne indirmek ve onu zincirlemek ister. Yazarların bu bağlamda ortaya attıkları toplum sözleşmelerinin içeriği ve bu sözleşmeden öncesi için tasavvur ettikleri doğa durumları da birbirinden farklıdır. Bu doğa durumları, çalışmamızda da göreceğimiz üzere yazarların yaşadıkları dönemin, konularının ve korkularının bir yansımasıdır.

I. THOMAS HOBBS

“...ve bunun üzerine sevgili annem

Doğurdu ikizleri bir seferde hem beni hem korkuyu.”³

Hobbes kendisi için korkuların en büyüğü olan ölüm korkusu ile savaşmanın yollarını arayarak geçirdiği hayatından izler taşıyan, egemenlik kuramına ve şiddet tekelinin önemine dair bir teori ortaya atmıştır. Hobbes’un egemenlik kuramı, herkesin herkes ile savaşını (*bellum omnium contra omnes*) önlemeyi amaçlar. Bunun için gerekli olan insanları birbiriyle savaşmaktan alıkoyacak ve bu yönde hareketleri şiddetle cezalandıracak bir otoritenin varlığıdır. Ancak Tanrı böylesi bir güce sahiptir o da yeryüzünde değildir. Öyleyse çözüm yeryüzünde itaat edilecek tanrıyı insan eliyle yaratmaktır.

¹ Yavuz Kılıç, “Hobbes, Locke ve Rousseau’da Doğa Durumu Düşüncesi”, *Erciyes Üniversitesi Felsefe Bölümü Dergisi*, 2015, s. 99.

² Aydın Yaka, *Sosyoloji Yazıları: Çatışma Kültüründen Uzlaşma Kültürüne*. İstanbul: Gündoğan Yayınları, 2018, s. 228.

³ Hobbes, T. *The Life of Mr. Thomas Hobbes of Malmesbury*. Early English Books, (Erişim tarihi: 20.11.2020) <https://quod.lib.umich.edu/e/eebo/A44004.0001.001/1:2?rgn=div1;view=fulltext>

A. THOMAS HOBBS'UN HAYATI

Thomas Hobbes'u yaşadığı dönem itibariyle bir aydınlanma çağı düşünürü olarak tanımlamak mümkün gözükmemektedir. 1588'de Westport'ta Thomas Hobbes cahil bir papaz vekilinin oğlu olarak dünyaya geldi.⁴ Hobbes, İspanyol Armadasının yaklaşmakta olduğu haberi yüzünden erken doğmuş ve bu durumu "...*korku benim ikiz kardeşimdir*"⁵ sözüyle nitelendirmiştir. Fakir bir aileden gelen Hobbes bu bağlamda sınıfsal açıdan ne soylu ne de burjuvadır. Fakat ailesinin din sınıfına mensup oluşu dönemin koşulları neticesinde onu soylu sınıfa yakınlaştırır.⁶

Thomas Hobbes, çocuk denebilecek bir yaşta Latince ve Yunanca öğrenmiş ve antik eserlerden çeviriler yapmıştır. Öğrenimini tamamladıktan sonra soylu bir ailenin yanına yerleşen Hobbes, bu ailenin çevresine karışmış ve dönemin pek çok önemli düşünürü ile tanışma fırsatı bulmuştur. Avrupa seyahatleri boyunca (bu seyahatlerin biri 1641 yılında başlayan iç savaştan kaçmak için zorunlu olarak yapılacak ve bu seyahatte veliaht prens 2. Charles'ın öğretmenliğini yapacaktır.)⁷ başta Galileo olmak üzere pek çok bilim adamı ve Descartes gibi felsefeciler ile de tanışma fırsatı elde eden Hobbes bu gezilerin neticesinde tamamen yabancı olduğu matematik ve geometri hakkında bilgi sahibi olmuş ve bu alanlarda da çalışmaya başlamıştır.⁸

Toplumsal bir değişimin ortasında doğmuş olan Thomas Hobbes burjuva sınıfının o günkü karşılığını oluşturan kesim ile pek az temas etmiştir. Öte taraftan hayatı daima soylu işverenleri arasında geçmiş ve sadık soylu dostlar edinmiştir.⁹ Hayatının son yıllarına kadar eser veren ve açgözlülük ile para kazanma hırsına karşı şiddetli bir tutum takınan Hobbes, verdiği pek çok eser ve ürettiği fikirler ile günümüze kadar gelmeyi başarmıştır. Hobbes'un çalışmalarında işlediği bu fikirleri daha iyi anlayabilmek için yaşadığı dönemin başlıca siyasi ve toplumsal olaylarını incelemek gerekir. Zira diğer yazarlardan farklı olarak Hobbes'un yaşadığı ölüm korkusu travmatik boyuttadır.

Korku, bir *doğum travması*¹⁰ olarak Hobbes'un hayatı boyunca peşini bırakmamıştır. 20. Yüzyılda başlayan psikanaliz çalışmaları ve Otto Rank'ın fikirlerinin ortaya çıkmasına Hobbes'un yaşadığı dönem açısından daha üç asır olduğu düşünülürse, Hobbes haklı olarak, korkusuna mantıklı bir sebep arayışına girmiş ve yaşadığı dönemin çalkantılarını yaşadığı korkuya

⁴ Yahya Zabunoğlu, "Hobbes: Hayatı, Eserleri ve Hukuki Fikirleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1959, s.219.

⁵ John Aubrey, *Aubrey's Brief Lives*. Londra: Vintage Classics, 2016, s.292.

⁶ Aubrey, *Aubrey's Brief Lives*, s.291.

⁷ Aubrey, *Aubrey's Brief Lives*, s.296.

⁸ Y. Zabunoğlu, "Hobbes: Hayatı, Eserleri ve Hukuki Fikirleri", s.220.

⁹ Y. Zabunoğlu, "Hobbes: Hayatı, Eserleri ve Hukuki Fikirleri", s.221.

¹⁰ Doğum Travması: Otto Rank'ın psikanaliz alanında ortaya attığı görüş. Rank'e göre yaşadığımız bütün korkular ve psikolojik sorunların kökeninde doğmak ile yaşadığımız travma vardır. İnsan doğmakla başa çıkması zor bir olay yaşamıştır. Hayatı boyunca bu travmayı atlatmak ile uğraşır ve anne karnında duyduğu güveni arar. Hobbes'un korkuları ile Otto Rank'ın çalışmaları bu bağlamda paralel bir yol izler. Hobbes'un Leviathan'ı bu bağlamda anne figüründen transfer edilmiş haz veren bir korunma güdüsünün yönlendiği baba figürü, Leviathan'ın egemen olduğu devlet ise ulaşılması mümkün olmayan anne yerine zorunlu olarak kabul edilmiş bir babanın koruduğu çatıyı sembolize etmektedir. Baba, güçlü ve sevilendir ama aynı zamanda cezalandırıcıdır. Bkz. Otto Rank. *The Trauma of Birth*. Londra: Kegan Paul, Trench, Trubner & Co., Ltd, 1929, s.121.

sebepler olarak göstermiştir. Sebebi her ne olursa olsun Hobbes yaşadığı korku neticesinde pek çok eser vermiş ve özellikle egemenlik kuramı açısından yeni bir bakış açısı ve arkasında zengin bir kaynak bırakmıştır.

B. THOMAS HOBBS'UN YAŞADIĞI DÖNEMDE İNGİLTERE

“Monarşi, dünya üzerindeki en üstün şeydir. Çünkü krallar yalnız Tanrının tahtında oturan temsilcileri değillerdir fakat bizzat tanrı tarafından tanrılar olarak anılırlar.”¹¹

17. Yüzyıl İngiliz tarihi için devrimler çağı olarak nitelendirilir. Bu çağa Britanya, günümüz kavramları ile açıklayacak olursak, gelişmekte olan devlet olarak girmiş fakat dünyayı domine eden bir süper güç olarak bu çağdan çıkmıştır.¹² Bu yükseliş ise oldukça sancılı bir dönüşüm süreci ile birlikte olmuştur.

İngiliz parlamentosu, 17. Yüzyılda yaşanan dönüşümün sahnesi gibidir. Lordlar ve Avam Kamarası olarak ikili bir yapıya sahip olan parlamentoda Avam Kamarasının ağırlığı soylulara rağmen bu yüzyılda gittikçe artmıştır. Bu dönemde Avam Kamarası halktan ziyade zengin fakat soylu olmayan yeni oluşmaya başlamış burjuva sınıfını temsil etmekteydi.

17. Yüzyıl İngiltere’inde tam olarak burjuva sınıfı ve diğer kapitalizm ile ilgili terimlerin günümüzdeki karşılıklarından söz edemeyiz. Fakat yerleşik feodal kökler ve bu anlayışın getirdiği siyasi güç yerini tedricen servete bırakmaktadır.¹³ Bu dönemde bir İngiliz’in özgür sayılması için *malik* sıfatını taşıması gerekmektedir. Keza *Common Law* da aynı şekilde özgür insanın hukukuydu. Fakat yalnız soylular değil burjuva sınıfı da özgür insan olarak kabul ediliyordu. Bu insanların aynı zamanda parlamentoda temsil ediliyor oluşu İngiliz devrimlerini, Fransız Devriminden ayırır.¹⁴ 1641’de başlayan İngiliz İç Savaşı bu bağlamda 3. Sınıfın soylular ve krala karşı ayaklanması değil, parlamento ile hükümet arasında çıkan bir egemenlik kavgasıdır.

1641 yılında İngiltere’de başlayan iç savaşın sebebi 1603 yılında Tudor hanedanından sonra başa gelen Stuart’ların yürüttüğü sert ve başarısız politikalar, parlamentonun sık sık dağıtılması ve kralın mutlak monarşiye dönük çabaları ve Anglikanizm ile başlayan bir olaylar silsilesidir. 8. Henry’nin Katolik kilisesinden bağımsız olarak kurduğu Anglikan kilisesine ait ayin usullerinin 1637 yılında uygulanmaya başlaması ile ülkede isyanlar başlamıştır.¹⁵ 1. Charles bu isyanları bastırmak için gerekli parasal kaynağı vergi ile sağlamak isteyince Parlamento ile anlaşmazlığa düştü. Bu noktadan itibaren, iç savaşı başlatan toplumsal olaylarla beraber, iktidarı taç ile parlamento arasında paylaştıran *Crown in Parliament* uygulaması değişen toplumsal gerçeklere cevap verememiştir. Ortaya çıkmaya başlayan burjuva sınıfı, yine aynı şekilde

¹¹ 1. James’e ait olan bu söz dönemin iktidar anlayışının arkaik temellerini ortaya çıkarır. bkz. *The Divine Right of Kings: 4* | Faculty of History, University of Cambridge, (Erişim tarihi: 20.11.2020), <https://www.hist.cam.ac.uk/divine-right-kings-4>.

¹² Christopher Hill, *The Century of Revolution 1603-171.*, Londra: Routledge, 1980, s.2.

¹³ Hill, *The Century of Revolution*, s.17.

¹⁴ Hill, *The Century of Revolution*, s.9.

¹⁵ Yaşar Salihpaşaoğlu, *Din ve Devlet Arasındaki İktidar Mücadelesi: Avrupa Örneği*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014, s.137.

kapitalistleşen soylu sınıftan bir kesimin varlığı ve bunların mülkiyet hakları ve vergilendirme konusunda kralın yetkilerinin sınırlandırılmasını istemeleri dini sebepli çatışmaların yanında politik ve daha tehlikeli bir çatışma ortamı doğurmuştur.¹⁶ Bu yaşanan toplumsal ve politik olayların neticesinde kısa sürede iç savaşın ayak sesleri hissedilmeye başlanmış ve 7 yıl süren iç savaş Oliver Cromwell'in mutlak zaferi ile sonuçlanmıştır. Savaşın neticesinde Kral 1. Charles idam edilmiş ve cumhuriyet rejimi kurulmuştur.¹⁷

Thomas Hobbes iç savaşın başlayacağını hissederek Fransa'ya kaçmıştır. Fransa'da olduğu süre içerisinde en önemli yapıtı olan Leviathan'ı kaleme almış fakat yazdığı eserin beklediği etkiyi yaratması bir yana bu eser sebebiyle oldukça olumsuz tepkiler almıştır. Bu tepkiler üzerine Fransa'da da kendini güvende hissetmeyerek 1652 yılında Fransa'dan ayrılarak İngiltere'ye dönmüştür. Cromwell'in ölümünün ardından oğlunun rejimi koruyamaması sebebi ile 2. Charles iktidarı ele geçirmiş ve İngiltere'de restorasyon dönemi başlamıştır. Hobbes bu sırada Behemoth'u kaleme almış ve hayatının geri kalanında matematik ve geometri ile ilgilenerek 1679 yılında 91 yaşında vefat etmiştir.¹⁸

Görüleceği üzere, Hobbes'un yaşadığı dönem itibari ile İngiltere, temeli mezhep sorunlarına ve daha da geçmişten gelen etnik bölünmüşlüklere dayanan ciddi bir iktidar mücadelesine sahne olmuştur.¹⁹ Bu iktidar mücadelesi, kanlı bir iç savaş doğurmuş ve sonucunda Hobbes bir süreliğine de olsa Fransa'ya kaçmak zorunda kalmıştır. İktidar mücadelesinin yarattığı güvensizlik hissi Hobbes'un iktidar kavramına bakış açısının temelini oluşturur. Halihazırda korku ile başlayan hayatı dönemin siyasi koşulları neticesinde hep bir güvensizlik duygusunu da beraberinde getirerek Hobbes'u bu korkuların yaşanmadığı bir toplum arayışına itmiştir. Bu arayışın neticesinde yukarıda da belirttiğimiz üzere Leviathan ortaya çıkacaktır.

C. THOMAS HOBBS'UN KORKUSUNU YENECEK KADAR GÜÇLÜ BİR CANAVAR: LEVIATHAN

"Leviathan'ı bir çengelle çekebilir misin? Veya dilini en derine sarkıttığın bir halatla bağlayabilir misin?"

Burnuna sazdan bir kanca takabilir misin? Veya çenesini (alığın) dikeniyile delebilir misin?"

Sana yalvaracak mı? Güzel sözler söyleyecek mi sana?"

Uzlaşacak mı seninle? Onu sonsuza kadar esir edebilesin diye?"²⁰

Leviathan, Thomas Hobbes'un şiddetli bir ölüm korkusunun gölgesinde tasvirini yaptığı doğa durumundan, insanın nasıl çıkacağını anlatır. İnsan doğa durumunda, yoksul, vahşi ve kötü bir hayat sürer. Bu hayat insanın sürekli bir savaş durumunda olması sebebiyle kısa

¹⁶ Hill, *The Century of Revolution*, s.44.

¹⁷ Hill, *The Century of Revolution*, s.106.

¹⁸ Y. Zabunoğlu, "Hobbes: Hayatı, Eserleri ve Hukuki Fikirleri", s.219.

¹⁹ Hugh Kearney, *Britanya Adaları Tarihi*, İstanbul: İnkılap Kitabevi, 2019, s.182.

²⁰ Eski Ahit (Erişim tarihi: 01.02.2021) https://www.lds.org/bc/content/shared/content/english/pdf/language-materials/83290_eng.pdf?lang=eng.

sürer. Hobbes, bu bağlamda tepesinde Leviathan'ın oturduğu devletin amacını *bireysel güvenlik* olarak açıklar.²¹

İnsanların güvenliğe ihtiyaç duymasının sebebi eşitlikten kaynaklanır. Hobbes'a göre insanlar eşit yaratılmışlardır. Öyle ki aralarındaki fiziki ve/veya akli farklılıklar -ki Hobbes insanın yeteneklerini fiziksel kuvvet, tecrübe, akıl ve tutku olarak 4'e indirger-²² birbirlerini dengeler ve sonuçta birinin bir başkasına karşı üstünlüğünü oluşturacak derecede bir zayıflık – güçlülük ilişkisi kurulamaz. Bu eşitlikten ise güvensizlik, güvensizliktense savaş doğar. Bu savaş sonuç olarak herkesin herkes ile savaşır.²³

Thomas Hobbes'un doğa durumu için öngördüğü savaşı bitirebilecek yegâne oluşum devlettir. Devlet, insanları korkutacak bir güç olarak ortaya çıkmadıkça insanlar Hobbes'un 2. doğa yasası olan barışı izleme kuralını işletemezler.²⁴ Hobbes bu bağlamda insanların içindeki korkuyu yok etmek gibi bir amaca yönelmez. Hobbes'un amacı insanların bütün korkularını yönlendirebilecekleri tek bir nokta yaratmaktır. Böylece pek çok şeyden ve üstelik öngörülemez tehlikelerden korkmak yerine sadece Leviathan'dan ve ondan da hangi hâl ve şartlarda korkacağına bilerek yaşamak Hobbes'un tercihidir. Bu bağlamda Hobbes'un evreni korku teması üzerine kuruludur. Yazarın korku ve korkuyla alakalı istikrah ve dehşet tanımları şu şekildedir.

“...Çaba bir şeyden kaçınmak biçiminde olduğu zaman istikrah adını alır... İstikrah, kendisinden kaçınılan nesnenin zarar vereceğinden korkuluyorsa, korku adını alır... Korku, nedeni veya nesnesi bilinmediğinden, Dehşet; aslında, nedenini veya nesnesini bilmeden korku duyan biri, ilk başta, korkusunun nedenini bilir; ama, daha sonra, herkes yekdiğerinin bildiğini varsaydığı için, bu unutulup gider ve geriye dehşet kalır. Bundan ötürü, bu duygu, tek bir insanda değil, bir insan topluluğunda ortaya çıkar.”²⁵

Thomas Hobbes'un korku ve dehşet ile ilgili tanımlamaları egemenlik teorisi açısından önem teşkil eder. Çünkü doğa durumu bir öngörülmezlik, eşitlik ve bu eşitlikten doğan bir güvensizlik içerir ki Hobbes'un tanımını çerçevesinde bu bir *dehşet* halidir. Oysa korku, sebebi ve nesnesi bilinen bir durumdan kaçınma halidir. Leviathan bu açıdan bakıldığında toplumun her an her yerde göreceği bir nesne ve korkmak için sebeptir. Bu bağlamda Hobbes'un tanımlarından hareketle diyebiliriz ki Leviathan ile Hobbes, toplumu dehşet halinden kurtarıp korku ve istikrah duygularına çekmek istemektedir.

İnsanların içindeki korkuyu bitirmek gibi bir amacı olmayışı, Hobbes açısından korkunun insan için bir sabit olduğunu gösterir. Bu durum Hobbes'un yukarıda da belirttiğimiz gibi yalnızca bir doğum travması yaşadığını göstermez ,aynı zamanda korkuyla anne karnında tanışmasının bir sonucudur. Rank'in ortaya attığı teorinin de ötesinde, Hobbes anne karnındayken dahi korkudan arınmış bir halde değildir ve bilindiği üzere annesinin yaşadığı korku sebebi

²¹ Thomas Hobbes, *Leviathan*, İstanbul: Yky Yayınları, 2013, s.153.

²² Thomas Hobbes, *De Cive*, *public-library*, 1657, s.7, (Erişim tarihi: 12 10, 2020), <http://www.public-library.uk/ebooks/27/57.pdf>.

²³ Hobbes, *Leviathan*, s. 99.

²⁴ Hobbes, *De Cive*, s.17.

²⁵ Hobbes, *Leviathan*, s.51-52.

ile prematüre doğmuştur.²⁶ Bu durum Hobbes için korkunun olmadığı bir dünyanın varlığını imkânsız kılmıştır. Bu açıdan Hobbes'un egemenlik teorisi Silenus ile Midas'ın hikayesi ile özdeşleşir fakat bu hikâyeyi aşar. Midas ile Silenus'un hikayesi şu şekildedir:

"Kral Midas'ın, Dionysos'un yoldaşı bilge Silenus'u avlamak için yola çıktığı eski bir hikâye vardır. Midas, Uzunca bir süre yakalayamamıştır fakat sonunda Silenus kralın eline düşer. Kral sorar: İnsan için en iyi ve en tercih edilebilir şey nedir? İblis; kral kendisini mecbur bırakana kadar sessiz, inatçı ve hareketsiz bir halde durur ve sonunda tiz bir kahkaha patlatarak şu sözlerle dile gelir: "zavallı, kısa ömürlü yaratıklar, şansız ve zorluğun çocukları neden bana duymak istemeyeceğin senin için en iyi olanı soruyorsun? En iyi olan senin için ulaşılmaz olandır: hiç doğmamış olmak, hiç var olmamak, hiç olmak. Fakat senin için bundan sonraki en iyi ise yakında ölmektir."²⁷

Kral Midas'ın hikayesinde de görüleceği üzere bir insan için bilgece olan, var olmamaktır. Var olan bir insan için yapılacak en iyi şey ise yok olmaktır. Hobbes bu durumu teorisinde ustaca işler. Ölüme dair korkusunu aşamadığı için kendisini değil fakat benliğini yok edecek bir toplum düzeni hayal eder. Hobbes bu noktada Erich Fromm'un tanımıyla mazoşizme özlem duyan sadist bir karakter çizer. Fromm'a göre "*mazoşizm, kişinin kendisini yenilmez büyüklükte bir güç içinde eritmeyi ve onun gücünün ve etkusunun bir parçası olmayı amaçlaması olarak tanımlanabilir.*"²⁸ Hobbes'un sadist bir karaktere sahip olması ise insanın doğası ile yaptığı çıkarımlardan kolayca anlaşılır. Yine Fromm, Hobbes'un bu durumunu şöyle açıklar ve Adolf Hitler ile arasında bir bağıntı kurar:

"Sadizm birçok gözlemciye mazoşizmden daha az karmaşık görünmüştür. Bir kimsenin başkalarını incitmek ya da onlar üzerinde egemenlik kurmak istemesi, iyi olmasa da hayli doğal geliyordu. Hobbes, 'yalnızca ölümlerle son bulan sürekli ve kaygılı güç elde etme isteği'nin varlığını, 'bütün insanlığın genel bir eğilimi' olarak görüyordu. Ona göre güç arzusunda şeytani bir nitelik yoktur., tersine zevk ve güven isteğinin son derece akla uygun bir sonucudur. Hobbes'tan, egemenlik kurma arzusunu, en elverişli olanın yaşamını sürdürmesin yolunda verilen biyolojik olarak koşullandırılmış savaşımın mantıksal sonucu diye açıklayan Hitler'e dek bir çok kişi, güç ya da erk sahibi olma hırsını, insan doğasının, görünenin dışında bir açıklama getirmeyen bir parçası olarak değerlendirdi."²⁹

Hobbes için önemli olan, karşı konulamaz bir erkin toplum üstünde var olmasıdır. Her ne kadar toplum sözleşmesi önemli bir yer teşkil etse de Hobbes'un kuramı açısından zorunlu değildir. Egemen güç için bu bağlamda *rızaya* gerek yoktur. Hobbes bu durumu şu şekilde açıklar:

"Zorla kurulmuş bir devlet, egemen güç zorla ele geçirildiği zaman olur ve tek tek insanlar veya çok sayıda insan, oy çokluğu ile, ölüm ve esaret korkusundan, onların hayatını ve özgürlüğünü elinde tutan insanın veya meclisin bütün eylemlerini kabul ettiklerinde, egemen güç zorla ele geçirilmiştir. Sözleşme ile kurulmuş devletten...sadece şu noktada farklıdır; egemenlerini seçen insanlar bunu birbirlerinden korktukları için yaparlar, tayin ettikleri kişiden korktukları için değil; bu durumda ise korktukları kişiye boyun eğerler. Fakat her iki durumda da bunu yapmalarının nedeni korkudur...Egemenlik hakları her

²⁶Thomas Hobbes, *The Life of Mr. Thomas Hobbes of Malmesbury*, Early English Books: <https://quod.lib.umich.edu/e/eebo/A44004.0001/1:2?rgn=div1;view=fulltext> adresinden alındı. (Erişim tarihi: 20.10.2020)

²⁷ Rank, *The Trauma of Birth.*, s.1.

²⁸ Erich Fromm, *Özgürlükten Kaçış*, İstanbul: Say Yayınları, 2017, s.229

²⁹ Fromm, *Özgürlükten Kaçış*, s.159-160

ikisinde de aynıdır. Egemenin gücü, onun rızası olmadan, başka birine devredilemez...haksızlıkla suçlanamaz, tek yasa koyucudur ve barış ve savaş zamanlarına ve nedenlerine kendi karar verir.”³⁰

Anlaşılabileceği üzere doğa durumu, diğer bir deyişle özgür ve bireysel yaşamdan kurtardığı sürece egemenin nasıl iktidarı ele geçirdiğinin bir önemi yoktur. Bu bağlamda Hobbes’un arzusu özgürlükten kurtulmaktır. Doğa durumundaki insan Hobbes için kendisine güven veren bağlardan arınmış bir biçimde dış dünyada soyutlanmış insan demektir. Dolayısı ile dış dünyaya karşı çaresizdir ve dehşet içinde yaşar. Bu yüzden:

“Çaresizlik de kuşku da yaşamı felce uğratar ve insan yaşamak için, özgürlükten kaçmaya çabalar. Yeni bir bağlılığa sürüklenmiştir. Bu bağlılık, yetke sahipleri ya da toplumsal kümenin denetiminde olmakla birlikte, kendisinden tümüyle koparılmamış olan ilk bağlardan farklıdır. Kaçış, yitirmiş olduğu güven duygusunu vermez ona, yalnızca kendi benliğini ayrı bir varlık olarak algılamayı unutturmasına yardımcı olur. Yalnız olmaya dayanmadığı için, benliğini yitirmeyi seçer.”³¹

Hobbes, Fromm’un görüşlerine paralel bir biçimde özgürlüğe karşı olumsuz bir bakış açısı geliştirmiştir. Özgürlük, Hobbes’a göre korku ve zorunluluk ile tutarlı bir görüntü çizer³² ve *özgürlüğün güzel adına* aldanmak ve bunu doğal bir hak olarak görmek kolaydır. Özgürlük üzerine yazılmış eserler ile bu durumu tasdik etmek, nifak ve kargaşadan başka bir şey getirmeyecektir.³³ Hobbes, kuramını özgürlükten olabildiğince çekinirken ve özgürlüğü olabildiğince sınırlandırarak kavramsallaştırırken üstün bir erk arzusu ve bu iktidara boyunduruk altına girme isteğini gerçekleştirme amacı ile şekillendirmiştir. Bu durum ve bununla bağlantılı olarak Hobbes’un arkasında bıraktığı zengin literatür yazarın doğumu ile başlayıp hayatı boyunca peşini bırakmayan travması ile yakından ilgilidir.

II. JOHN LOCKE

“Tanrı, kendi adaletiyle, insanı yalnız kalmanın kendisi için iyi olmadığı, gerekliliklerin, uyumun ve temayülün güç zorunlulukları altında topluma sürüklenmek ile anlayış, sürüp gitmek ve eğlenmek için dille donatılmış bir şekilde yarattı.”³⁴

John Locke, Hobbes’un aksine özgürlüklere önem veren liberal bir düşünürdür. Mutlakiyetçiliğin karşısında yer almış ve bu yüzden 1688 devriminin önemli bir destekçisi olmuştur. Locke bu bağlamda başta mülkiyet hakkının bir savunucusu, burjuva sınıfının bir sözcüsü olarak karşımıza çıkar. Hobbes ne kadar *Tory*³⁵ ise Locke da o kadar *Whig*³⁶’tir. Eşitlik ve özgürlük anlayışı da bu sebeple biçimseldir.³⁷ Locke’da aynı Hobbes gibi egemenlik teorisini

³⁰ Hobbes, *Leviathan*, s.155.

³¹ Fromm, *Özgürlükten Kaçış*, s. 263.

³² Hobbes, *Leviathan*, s. 164-166.

³³ Hobbes, *Leviathan*, s. 167

³⁴ John Locke, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, Ankara: Eksi Kitaplar, 2016, s.138.

³⁵ Kral yanlısı, monarşiyi destekleyen restorasyon dönemi İngiliz Partisi, bkz. Britannica, T. Editors of Encyclopaedia. "Whig and Tory." *Encyclopedia Britannica*, (Erişim tarihi: 15.02.2020) <https://www.britannica.com/topic/Whig-Party-England>. Ayrıca bkz. Whigs and Tories - UK Parliament, (Erişim tarihi: 15.02.2020), <https://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/parliamentaryauthority/revolution/overview/whigstories/>

³⁶ Parlamento’nun yetkilerinin genişlemesini isteyen burjuva ve püriten destekli parti. Tories’ler ile rekabet içindedirler. Bkz. (Erişim tarihi:15.02.2020) <http://whigs.uk/who-were-the-whigs/>

³⁷ Mete Tuncay, *Batı’da Siyasal Düşünceler Tarihi II*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2014, s.256.

oluştururken doğa tasviri ile başlar. Fakat Locke'un doğa durumu Hobbes'un tasviri ile taban tabana zıt olmakla kalmaz, aynı zamanda yalnızca devlet öncesi bir geçmişi değil, en azından belli bir kesim için de olsa her dönemi içine alır. Öyle ki iktidar sahipleri Locke'a göre doğa durumuna yakın bir konumdadırlar.³⁸

Locke, doğa durumundan çıkışı yine Hobbes ile benzer bir biçimde toplum sözleşmesiyle açıklar. Locke'unda Hobbes'unda doğa durumu ve ardından toplum sözleşmesi kurgusuna başvurmaları tesadüf değildir. 17. Yüzyılda İngiltere hem etnik hem dinsel açıdan oldukça bölünmüş bir haldedir.³⁹ Fakat bu noktayı açıklarken Hobbes'tan ayrılır. Toplum sözleşmesi ile yönetimin kullanabileceği erkler, sözleşme ile sınırlandırılır ve son sözün sahibi halktır.⁴⁰

A. JOHN LOCKE'UN HAYATI

Locke 1638 yılında, İngiltere'de küçük bir toprak sahibi ve hali vakti yerinde püriten bir babanın oğlu olarak doğmuştur. Babası bir avukattır ve parlamento tarafında yer alarak 1641 yılında başlayan iç savaşta krala karşı savaşmıştır.⁴¹ Dindar bir kadın olan annesinin Locke'un yetişmesinde önemli etkileri olmuştur. Başarılı bir öğrenim hayatı geçiren Locke başta Latince olmak üzere Yunanca ve İbranice gibi antik dilleri öğrenmiş ve Oxford'da Christ Church okuluna başlamıştır.⁴²

Locke'un hayali tıp doktoru olmaktı. Bu yüzden üniversite hayatı ve sonrasında tıp üzerine çalışmıştır. Bu gayreti ileride ona büyük bir fırsat yaratacaktır. Diploması olmadığı halde otuzlu yaşların ortasında tanıştığı Kont Cooper'ı ameliyat ederek iyileştirmesi ise hayatının dönüm noktası olur. Kont Cooper ileride başbakan olacak Locke'ta önemli siyasi görevlere getirilecektir. Locke, Tıp diplomasına ise nihayet 1675 yılında kavuşacaktır.⁴³

Aynı yıl Fransa'ya giden Locke, 4 sene kaldığı Fransa'da siyasi fikirlerinin temelini atmıştır. 1679'da döndüğünde ise İngiltere siyasi bir karmaşa içindedir. 1681'de Kont Cooper iktidardan düşmüş ve vatan hainliği ile suçlanmaktadır. 2. Charles ile parlamento arasında denetimi ele alma kavgası sürerken ve ufukta devrim olasılığı belirmişken Locke, Kont Cooper ile birlikte krala ve kardeşine suikast girişiminde bulunduğu iddiası ile suçlanır.⁴⁴ Kont her ne

³⁸ Locke, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, s. 23

³⁹ İngiliz tarihine alışageldik bakış açısının dışında etnik ve dini bölünmüşlükler üzerinden anlatan bir tarih yazını için bkz. Kearney, *Britanya Adaları Tarihi*. İngiliz tarihine iç bölünmüşlükleri odağında bu bakış Hobbes'ta ve Locke'ta doğa durumunun bir aksiyomdan çok deneyimlediklerini bir gerçeklik olduğunu gösterir. Her ne kadar hâkim literatür İngiliz siyasi tarihine karşı bütünlüklü ve merkezi bir bakış ile balsa dahi bu dönemde İngiltere bölük pörçük iktidar merkezlerinden oluşmakta merkezi bir iktidarın yoksunluğunu çekmekte olduğunu kabulü dönemin şartları ile çok daha uyumlu gözükmektedir. Üstelik İskoçlar, Galler, Anglosaksonlar ve İrlandalılar ayrı birer kültür odağı olarak; Presbiteryenler, Anglikanlar, Katolikler ve diğer mezhepler de inanç odaklı olarak birbirleri ile çekişme halindedir. Bkz. Kearney, *Britanya Adaları Tarihi*, s. 157-186.

⁴⁰ Tuncay, *Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi II*, s. 270.

⁴¹ John Marshall, *John Locke: Resistance, Religion and Responsibility*, Cambridge: Cambridge University Press, 1994, s. 3.

⁴² Marshall, *John Locke: Resistance, Religion and Responsibility*, s. 5.

⁴³ Hüseyin Arslan, "John Locke'un Siyaset Felsefesinin Temelleri Üzerine Bir Deneme", *Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2013, s.185.

⁴⁴ Marshall, *John Locke: Resistance, Religion and Responsibility*, s. 260.

kadar temize çıksa da hayatı için duyduğu endişe sebebiyle Hollanda'ya kaçar Locke'da aynı sebepten Kont'un peşinden gider.⁴⁵

5 yıl kaldığı Hollanda'da ileride İngiltere tahtına çıkacak Orange'lı William ile tanışma fırsatı elde eder. Bu sırada en tanınmış eserlerinden İnsan Anlığı Üzerine Bir Deneme'yi de bitirme olanağı bulur. Yönetim Üzerine İki İnceleme ise ancak İngiltere'de William'ın tahta çıkması ile ülkesine geri döndükten sonra yayınlanabilmiştir. İktidar gücü, Orange'lı William'ın İngiltere'ye gelişinden sonra kesin olarak monarşiden alınıp parlamentoya devredilirken John Locke kahraman bir figüre dönüşmüş ve siyasi görevler almıştır. 1700 yılına kadar bu görevleri yürüten Locke daha sonra bu görevlerden ayrılmış ve dinbilim ile uğraşmaya başlamıştır. 4 yıl süren hastalığı sonucunda 1704 yılında hayata gözlerini kapatmıştır.⁴⁶

B. DÖNEMİN BAŞLICA OLAYLARI VE GENEL SİYASİ DURUM

John Locke'un yaşadığı dönem 17. Yüzyılın başlarındaki İngiltere'den oldukça farklıdır. Her ne kadar Hobbes ile aynı yüzyılın insanları olsalar dahi Locke ile Hobbes birbirlerinin ötekisi olarak kalacaklardır denilebilir. 17. Yüzyıl İngiltere'sinde, bankalar ve çekler, senetler, borsalar, süreli yayınlar, birçok bilimsel gelişme hayatın içine dahil olmuştur. 1660'ta 2. Charles parlamentoyu feshetmiş ve restorasyon dönemini başlatmıştır. Bu dönemde Cromwell öncesi siyasal yapıya dönmek istenmiş monarşi gittikçe güçlenmek istemiş ve parlamento dahi kral yanlılarının çoğunluğu altında toplanmış ve kral siyasal anlamda oldukça güçlenmiştir.⁴⁷ Bu parlamento 1679 yılına kadar görevde kalmıştır. 1688'e⁴⁸ kadar süreçte ülkede siyasi gerilim gittikçe tırmanmış, Püritenler ciddi itibar kaybı yaşamışlar ve kral en son 1688'de Parlamantonun en geç kasım ayında toplanacağını duyurmuştur.⁴⁹ Aynı yıl 5 ayrı psikoposun imzası ile Orange'lı William İngiltere'ye davet edilmiş bu sırada James İngiltere'den kaçmış ve kansız bir devrimin neticesinde restorasyon döneminde çıkan yasalar Bill of Rights ile geçersiz sayılmıştır.⁵⁰

17. yüzyılın ikinci yarısı özellikle 1688 Püriten Devriminden itibaren hükümetin başlıca amacı üretimi teşvik etmek olmuş genel refah seviyesi gözle görülür bir biçimde artmıştır.⁵¹ Politik düzen de bu değişime ayak uydurmuş, mülk sahipleri kendilerini güvende hissetmeye başlamışlar zenginler parlamentoya rahatça girebilmiş avam kamarasının önemi artmıştır. Sonuç olarak üç aşamalı savaş avam kamarasının kesin zaferi ile sonuçlanmış ve Protestan bilinci

⁴⁵ Mehmet Ali Alioğulları, *Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler*, İstanbul: İletişim Yayınları, 2019, s. 479.

⁴⁶ Alioğulları, *Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler*, s. 479.

⁴⁷ Hill, *The Century of Revolution*, s. 305.

⁴⁸ Literatürde 17. Yüzyıl İngiliz Devrimi, 1688 de muhteşem devrim olarak kabul görse de bu olayları daha çok bölünmüş bir iktidar sorunu olarak değerlendiren daha sağlıklı bir görüş için, Bkz. Kearney *Britanya Adaları Tarihi*, s. 186

⁴⁹ Hill, *The Century of Revolution*, s. 198.

⁵⁰ Hill, *The Century of Revolution*, s. 306.

⁵¹ Hill, *The Century of Revolution*, s. 305.

ile paralel olarak bu dönem kapitalizmin yükselişinin hızlanarak devam ettiği bir dönem olmuştur.⁵²

C. JOHN LOCKE: ÖZGÜRLÜKLERDEN MÜLKİYET UĞRUNA VAZGEÇİŞ

“Rönesans kapitalistin elindeki servet ve güç onda olmadığından, ayrıca insanlarla ve evrenle bir olma duygusunu da yitirdiğinden, bir bireysel hiçlik ve çaresizlik duygusu sarar içini. Cennet, bir daha bulunmamak üzere yitirilmiştir, birey tek başına, dünyaya karşı durmaktadır-sınırsız ve tehdit edici bir dünyaya fırlatılmış bir yabancısıdır o. Yeni özgürlük, derin bir güvensizlik, güçsüzlük, kuşku, yalnızlık ve kaygı yaratacaktır. Bireyin başarıyla ayakta durabilmesi için, bu duyguların hafifletilmesi gerekir.”⁵³

Locke’a göre doğa durumunda insan başkasının izni veya iradesine bağlı olmadan eylemlerini gerçekleştirdiği bir özgürlük durumudur. Aynı zamanda iktidar ve yargı karşılıklıdır ve kimsenin başkasından daha fazlasına sahip olmadığı bir eşitlik içindedir.⁵⁴ Locke için tekrar belirtmekte fayda vardır ki Hobbes ile hemen hemen aynı dönem yaşamıştır ve siyasi olarak onun karşısındadır. Yönetim Üzerine İki inceleme adlı eserinde, insan doğasına ve siyasete ilişkin ayrıntılı olarak düşüncelerini yazan Locke’un ortaya attığı teorinin mihenk taşı bu bağlamda güvenlik arayan bir toplum ile toplumla arasında bir uçurum olan bir iktidar değil mülkiyettir.

Hem iç savaşta hem sonrasında monarşi yanlıları kaybederken parlamento dolayısıyla Locke’un saflarında yer aldığı burjuva sınıfı gittikçe güçleniyordu. İç savaş ve siyasi çekişmelerin yarattığı *doğa durumu* bu sebeple Hobbes için kaçılması gereken bir durumken Locke için bir başıbozukluk durumu değil bir özgürlük durumudur ve Hobbes’un görüşünün aksine, özgürlüğe Locke olumsuz bir anlam yüklememiştir. Bu özgürlük durumu içinde yasak olan tek şey keyfi yere birini öldürmektir.⁵⁵ Locke’un teorisi bu bağlamda genel olarak elindekileri koruma dürtüsü ve kaybetme korkusu etrafında şekillenir.

Locke’a göre insanlar doğa durumunda mutludurlar ve tanrı buyruğu olan doğa yasaları çerçevesinde özgürce yaşarlar.⁵⁶ Locke’un elindekileri koruma yani mülkiyet hakkının kutsallığına yönelik düşüncesi beraberinde doğa durumundaki insanların neden siyasi bir otorite altına girmek istedikleri sorusuna da bir cevap olur. Doğa durumunda mutlu, özgür ve eşit olan insanın aynı zamanda herkesin herkese karşı savaşı içinde olmasa da birbirine karşı iktidar pozisyonunda olduğu bir düzen içinde yaşıyor oluşundan gelir. Bu durum potansiyel bir kargaşa ve kaos düzenidir. Locke doğa durumunu tatmin edici bir biçimde açıklamak konusunda yetersiz kalır.⁵⁷

⁵² Hill, *The Century of Revolution*, s. 308.

⁵³ Fromm, *Özgürlükten Kaçış*, s. 80.

⁵⁴ Locke, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, s. 13

⁵⁵ Locke, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, s. 20

⁵⁶ Locke, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, s. 15

⁵⁷ H. Gökçe Zabunoğlu, “Toplum Sözleşmesi Bağlamında John Locke'un Devlet Anlayışı”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, s. 442.

Locke'un yetersiz kaldığı noktayı ilerde Rousseau, insanların, kaynaklar paylaşımına yetmediğinde savaşılmaya başladığını açıklayarak tamamlayacaktır.⁵⁸ Bu noktada Rousseau'ya özel bir parantez açmak gerekir. Rousseau, ortaya koyduğu doğa durumu tasviri ile de Hobbes ve Locke'tan ayrılır. Öte taraftan bu yazarların tamamlayıcısı rolünü üstlenir. Hobbes ve Locke doğa durumu tasvirinde iki ayrı ucu simgeler. Bu iki ayrı ucu birer nokta olarak düşünürsek bu noktaları birleştiren doğru da doğa yasaları kavramı olarak karşımıza çıkar. Oysa Rousseau, doğa durumunda kesin evrensel yasaların varlığından bahsetmez. Rousseau'ya göre insan doğa durumunda iyidir fakat menfaatlerinin peşindedir, hedonisttir, ahlak duygusundan yoksundur çünkü ihtiyacı yoktur, konuşmaya gereksinim duymadığı için iletişim kuramaz ilkel dürtüleri ile hareket eder.⁵⁹ İnsanın içindeki kötülüğü ortaya çıkaran ise toplumsal kurumlardır. Bu bağlamda doğa durumunda birey olarak yalnız olan insan Locke'un tasviriyle uyurken Rousseau insanın toplumsallaştıkça Hobbes'un tasvirine yaklaştığını düşünür. Bu bağlamda Rousseau, iki düşünürün ayrı uçlarında durdukları doğrunun dışında kalır fakat ikisi ile de aynı düzlemindedir. Böylece Hobbes, Locke ve Rousseau fikirleri bağlamında bir üçgenin ayrı noktalarını ve birbirlerine karşı farklı zıtlıkları teşkil ederler.⁶⁰

Locke'un gün yüzüne çıkarmadığı asıl amacı mülkiyet hakkının korunmasıdır. Yazara göre insan kendi bedeninin sahibi olduğu için fiziksel emeğinin ürünü olan her türlü fayda da ona ait olmalıdır.⁶¹ Keza bu sahip olma eylemi başkasına zarar vermediği sürece geçerlidir. Çünkü önemli olan bütünün mutluluğudur. Bu bağlamda Locke insanın ihtiyacından fazlasına sahip olmasına karşıdır. Locke mülkiyet hakkının korunmasına özel bir önem atfetmiş ve bu amaca farklı bir yoldan ulaşmaya çalışmıştır.

Locke'un doğa durumu tasvirine yakından baktığımızda aslında doğa durumu tasviri yaşadığı dönemin bir yansımasıdır. Bu bağlamda Hobbes'un aksine insan da doğa durumunda kötü sonuçlar ile karşılaşmamıştır çünkü Locke siyasi otorite boşluğunun olduğu sırada bir bakıma kazanan taraftadır. Krallık ve Aristokrasi Locke'un yaşadığı dönemde her ne kadar oldukça çalkantılı bir biçimde olsa da iktidar güçlerini parlamentoya özellikle de Avam Kamarasına devretmektedir. Fakat Locke bir taraftan bu iktidar değişimi sürecinde monarşi taraftarlarının ellerindeki gücü nasıl kaybettiklerine de şahit olmuştur. Bir dönüşüm süreci içinde olan 17. Yüzyıl İngiltere'sinde tek gücü kendi elde ettiği ve ailesinden kalan mülkü olan Locke'un, doğuştan bahşedilmemiş gücünü kaybetmekten bir Gentry olarak korkması oldukça normaldir. Bu sebeple kuramında doğa durumundan çıkarak bir devletin kurulmasını gerekli görmüştür. Bu gerekliliğin altında yatan neden öngörülebilir bir düzen arzusudur. Öngörülebilirlik, gücünü mülkiyetinden alan her bireyin vazgeçilmez isteğidir. O yüzden Orange'lı William'ın

⁵⁸ Jean - Jacque Rousseau, *İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı ve Temelleri Üzerine Konuşma*, İstanbul: Say Yayınları, 1990, s. 152-153.

⁵⁹ Rousseau, *İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı ve Temelleri Üzerine Konuşma*, s. 128

⁶⁰ Rousseau'nun doğa durumu ve toplum sözleşmesi bağlamında diğer düşünürlerle karşı olan pozisyonunu kısmen açıkladığı görüşleri için bkz. Rousseau, *İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı ve Temelleri Üzerine Konuşma*, s. 95 yine aynı eserde J.L. Lecercie'nin bu konu hakkında oldukça aydınlatıcı yorumu için bkz. Rousseau, *İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı ve Temelleri Üzerine Konuşma*, s. 42-44

⁶¹ Locke, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, s. 39 vd.

dahi sahip olduğu erkin arttırılması konusunda tepki göstermiştir.⁶² Çünkü monarşi, tüm yetkinin tek bir kişide toplanması demek olup toplumun geleceğini de tek bir kişinin fikirlerine bırakmaktır ki bu durum burjuva toplumu için belirsizlikten başka bir anlama gelmemektedir. Oysa burjuvazi için öngörülebilir bir siyasi düzende başta ekonomik olanlar olmak üzere toplumu etkileyecek bütün kararların uzun süreçlerde alınması ve bu kararların yaratacağı değişime hazırlanmak için gereken sürenin böylece elde edilebilmesi bununla beraber bürokrasinin rasyonel bir biçimde sorunsuz ve hızlı bir biçimde işlemesi gerekmektedir. Burjuvanın mülkiyetle var olması ve mülkiyeti koruma çabası Locke'un kuramında kendisine böylece zorunlu olarak yer bulmuştur, soyluların hakları nasıl doğuştan ve kutsal sayılıyorsa o da sahip olduğu şeye yani mülkiyete kutsallık atfetmek istemiş bunu da dolambaçlı bir yol izleyerek yapmaya çalışmıştır.

Locke, siyasal erki; güçten bağımsız, kuvvet ve şiddetin ürünü olmayan buna karşın mülkiyeti korumak için ölüm cezası dahil cezalandırma gücüne haiz, yasalar koyabilen, koyduğu yasaları uygulamaya muktedir ve devleti dış tehditlere karşı korumakla yükümlü topluluğun gücünü ise yalnızca kamunun iyiliği için kullanan bir kuvvet olarak tanımlar.⁶³ Siyasal erk oluşmadan önce insanlar tam bir *özgürlük* halinde ve eşit bir şekilde yaşamaktadırlar.⁶⁴ Locke bu durumu bir özgürlük hali olarak değerlendirir fakat bunun bir düzensizlik olduğunu reddeder. Doğa durumunda dahi insanlar kendi kişiliğini ve mallarını korumakta sınırlanamaz bir yetkiye sahip olsalar dahi meşru bir gerekçe olmadıkça daha önce belirttiğimiz gibi intihar edemezler veya başka birini öldüremezler.⁶⁵ Locke'un bu bakış açısı özgürlük kavramı ile bağdaşmamaktadır. Çünkü bir boyunduruktan yoksun durumdaki insanın özgürlüğü de Hobbes'un belirttiği gibi sınırsız olmalıdır. Oysa Locke'a göre doğa durumunda dahi uyulması gereken doğa yasaları özgürlüğün bir başkasının sınırında bittiğini emreder. Locke, doğa durumunu bir varsayım olmanın ötesine taşır. Locke'a göre "...dünya üzerindeki Bağımsız yönetimlerin bütün prensleri ve yöneticileri doğa durumunda olduklarından Dünyada, en azından belirli sayıda insanın doğa durumunda bulunmadığı bir dönemin hiç olmadığı ve bundan sonra da olmayacağı açıktır."⁶⁶

Doğa durumu açıkça görüleceği üzere *kendi kişisinin ve sahip olduklarının mutlak efendisi* olan insanın içinde bulunduğu durumu tasvir eder. Locke'a göre insanın doğa durumundan çıkmak isteyişinin temel sebebi mülkiyet hakkının bu durumda oldukça korunmasız ve bu sebeple insanın sürekli tehlikeler ile dolu bir durum içinde yaşamak zorunda kalmasıdır.⁶⁷

⁶² Tuncay, *Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi II*, s. 256.

Öte taraftan Locke özünde bir özgürlükçü değil pragmatisttir. Özgürlüklerin savunulması bu bağlamda Locke için bir amaçtan ziyade araçtır. Locke, *Hoşgörü Üstüne Bir Mektup*'ta mezhep özgürlüğünden bahseder fakat Katoliklik ve ateizm bu özgürlük düşüncesinden nasibini almaz. Bkz. Richard Vernon, *Locke on Toleration*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010, s. xiii. Katolikler ve ateistler güvenilmezlerdir ve müsamaha gösterilmemelidir fakat püritenler dini hoşgörüden faydalanmalıdırlar! Mülkiyet, başta Locke'a göre ihtiyacı olduğu kadarınadır fakat paranın icadı gerçekleşmiş ve üretim fazlası dağıtılmak yerine altına dönüştürülerek israfın önüne geçilir. Bkz. Locke, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, s. 56

⁶³ Locke, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, s. 135

⁶⁴ Locke, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, s.105

⁶⁵ Locke, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, s. 20.

⁶⁶ Locke, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, s. 23.

⁶⁷ Locke, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, s. 133.

Dolayısı ile insanları kendilerini siyasal bir erkin gücü altına girmeye zorlayan saik mülkiyetin korunmasıdır. Doğa durumunda, bilinen bir yasanın eksikliği hissedilir, tarafsız bir yargıç yoktur bu sebeple hırs ve intikam duyguları insanları olması gerekenden daha ileriye götürür.⁶⁸ Bu yüzden insanlar toplumsallaşma ihtiyacı hissederler ve doğa durumunun bütün güzel yanlarını terk etmek durumunda kalırlar.⁶⁹ Bu noktada Locke ciddi bir çelişkiye düşmüştür. Çünkü Locke'a göre insanlar ihtiyaçlarından fazlasına sahip olmayı gereksiz ve onursuz bir davranış saydıkları gibi yeryüzünde herkese yetecek kadar mülkiyet hakkına konu olacak arazi bulunmaktadır.⁷⁰ Öyleyse mülkiyet hakkı korunması gereken bir hak olmaktan çıkması gerekirken düşünür'e göre tam da korunması için insanlar özgürlüklerinden dahi vazgeçmeyi göze almışlardır.

John Locke'un kuramının temelinde neden mülkiyetin olduğunu anlayabilmek ve mülkiyet ile siyasal erk ve toplum arasında kurduğu ilişkiyi kavrayabilmek için Püriten anlayış çerçevesinde sahip olmak kavramı ve olmak kavramı arasındaki ilişkiyi anlamak gerekir. Püritenlik 16. Yüzyılda İngiltere'de ortaya çıkmış aşırı Protestan bir akımdır. Kilisenin, sonradan ortaya çıkan ve kutsal metinlerde olmayan her türlü uygulamasına karşı çıkan Püritenler Kraliçe Elizabeth döneminde aşırı katı dini uygulamaların sembolü olmuşlardır.⁷¹

Püritenlik ilk olarak yarım kalmış İngiliz kilisesi reformunu tamamlamak için başlamış bir hareket olarak gözükür. Kral 8. Henry'nin İngiliz kilisesini Roma Katolik kilisesinden ayırması ile başlayan protestanlaşma süreci Kral 6. Edward döneminde en yoğun dönemini yaşamış fakat İngiltere Kraliçe Mary döneminde yeniden Katolik kilisesine bağlanmıştır.⁷² Bu süreçte pek çoğu öldürülen Protestanlardan bir kısmı kaçarak Cenevre'de Calvin'in kilisesine sığınmıştır. 17. Yüzyıla gelindiğinde ise Kraliçe Elizabeth'in idaresinin son yıllarında ve 1. James iktidarında kilise tartışmaları ılımlı bir havaya bürünmüştür.

Locke'un Yönetim üzerine birinci incelemesinde eleştirisini yaptığı Richard Hooker başta olmak üzere ılımlı din adamları tarafından Calvinizm yumuşatılmaya çalışılmıştır. 1640 yılında 1. Charles döneminde Püritenler halkın karşı koymasına rağmen İngiltere'den sürülmüş, İngiltere'de kalan püritenler ise krala karşı mücadeleye devam etmişler ve hem politik alandaki kralın uygulamalarına hem de dini yeniliklere karşı muhalefetlerini sürdürmüşlerdir. Avam Kamarasının reformcuların eline geçmesi ile kral ile parlamento arasında çıkan yukarıda bahsettiğimiz savaş sonucunda Oliver Cromwell başa geçmiş ve bu olay Püriten Devrimi olarak adlandırılmıştır.⁷³

Calvincilik, bir orta ve alt sınıf mezhebi olarak ortaya çıkmıştır.⁷⁴ Değişim dönemi İngiltere'sinde bu mezhepler bireylerin bir taraftan değişimin farkına varmalarını sağlıyor öte

⁶⁸ Burcu Değirmencioglu, "John Locke'ta Doğa Durumu ve Direnme Hakkı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, s. 385

⁶⁹ Locke, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, s. 133.

⁷⁰ Locke, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, s. 57.

⁷¹ Ali İsra Güngör, "Hıristiyanlıkta Püriten Anlayış ve Etkileri", *Dini Araştırmalar Dergisi*, 2005: s.8.

⁷² Güngör, "Hıristiyanlıkta Püriten Anlayış ve Etkileri", s.10.

⁷³ Güngör, "Hıristiyanlıkta Püriten Anlayış ve Etkileri", s.11.

⁷⁴ Fromm, *Özgürlükten Kaçış*, s. 81

tarafından bu değişimin yarattığı güvensizlik duygusuna cevap veriyorlardı. Locke'un orta sınıf Püriten bir aileden geliyor oluşu bu bağlamda kuramı açısından dinsel öğretinin önemini göz ardı edilemeyecek bir boyuta taşımaktadır. Locke'un yaşadığı çelişkiler de bu noktadan kaynaklanmaktadır. Bir taraftan soylu olmayan Locke'ta, varlığını sürdürebilmek için sahip olmak güdüsü mevcuttur. Öte taraftan geldiği toplumsal sınıf açısından bakıldığında:

“Orta sınıfın, çok zenginler ile çok yoksulların arasındaki konumu, bu sınıfın tepkisini çok karmaşık ve birçok bakımdan çelişkili hale getiriyordu. Yasayı ve düzeni korumak istiyorlardı, ama yükselen kapitalizm kendileri için yaşamsal tehlike oluşturuyordu. Orta sınıfın başarılı üyeleri bile büyük kapitalistlerden oluşan küçük grup kadar zengin ve güçlü değildi... Paralı sınıfın lüksü, onlardaki küçüklük duygusunu artırıyor ve içlerini kıskançlık ve öfkeyle dolduruyordu.”⁷⁵

Locke, bu bağlamda kendi sınıfının çıkarları ile örtüştüğü müddetçe mülkiyeti savunmuş bir yazar olarak karşımıza çıkar. İnsanların kendilerine yetecek kadar olandan fazlasına sahip olmalarını *onursuzluk* sayması bunun en açık göstergesidir. Bu iki sınıfın örtüşen ortak çıkarlarının en belirgin olanı ise sahip olma ve sahip olduklarını koruma tutkusudur.

Fromm'a göre sahip olma davranışının altında özel mülkiyet kavramı yatar.⁷⁶ Önemli olan bir sorumluluk yüklenmemiş bir biçimde sahip olmak ve en büyük hak da sahip olunan nesneyi saklayabilmek ve kendine ait kılmaktır. Bu tutku diğer bütün isteklerin önüne geçmekle kalmaz hayat amacı haline gelir.⁷⁷ Oysa bu durum Hristiyanlıkta açgözlülük (avarice) ile eş anlamlıdır ve 7 büyük günahın biridir. Locke az önce bahsettiğimiz gibi bu konuda yaşadığı iç çelişkidendir dolayı ölçülü olmak kaydıyla sahip olmayı kutsamıştır.

Sahip olmak, olmak fiilini gerçekleştiremeyen burjuvanın bu sebeple hissettiği boşluğu dolduran suni bir tatmin aracı olarak karşımıza çıkar. Bu tatmin aracının, “*Kazanç- Kar – Mülkiyet temelleri üzerine kurulu bir toplumun sahip olmak eğiliminde bir sosyal karakter yaratacağı kesindir.*”⁷⁸ Oysa sahip olmak, olmak fiilinin karşısında yer alır ve insanın kendisini gerçekleştirmesinin önünde engel oluşturur. Kendini gerçekleştiremedikçe insan tatmin duygusunu öteki tarafta arayarak mülkiyet hakkına daha sıkı sarılmak zorunda kalır. Böylece mülkiyet hakkını savunmak için güçlü ve zengin bir burjuva olmak bir gereklilik olmaktan çıkar. Az veya çok bir mülkiyete sahip olmak yeterli hale gelir. Mülkiyet kökenli davranış beraberinde bağımlılık duygusunu getirir. Bu bağımlılık ister istemez egemenlik kavramı ile ilişkilendirir. “...bir canlının egemenlik altına alınıp, denetlenebilmesi ise, isteklerini kıracak bir şiddet kullanılmasını gerektirir. Özel mülkiyet de mallarımızı, onları bizden almak isteyenlere karşı koruyabilmemiz için, yine belirli bir gücü ve iktidarı şart koşar.”⁷⁹

Kapitalizmin ortaya çıkışından evvel, insanlar kendi benliklerini ait oldukları dinde, bağlı oldukları feodal beylerin toprağında veya sahip oldukları unvanlarda, soylarında bulurlardı. Kapitalizm ve kapitalizmi destekleyen yeni mezhepler ortaya çıktıkça birey bir taraftan özgürlükler artarken öte taraftan kendisini yalnız ve soyutlanmış bir halde benliğinden

⁷⁵ Fromm, *Özgürlükten Kaçış*, s. 96

⁷⁶ Erich Fromm, *Sahip Olmak ya da Olmak*, İstanbul: Say Yayınları, 2017, s.104

⁷⁷ Fromm, *Sahip Olmak ya da Olmak*, s. 99

⁷⁸ Fromm, *Sahip Olmak ya da Olmak*, s.140

⁷⁹ Fromm, *Sahip Olmak ya da Olmak*, s.109

koparılmış halde buldu. Mülkiyet bir duygu olarak bu şaşkınlığın ve soyutlanmışlığın yarattığı güvensizliğe karşı bireyin benliğinin temeli haline gelmiştir.

“Bir kişi olarak ‘o’ ve sahip olduğu mülk birbirinden ayrılamazlardı. Kişinin bedeni nasıl benliğinin bir parçasıysa, giysileri ya da evi de aynı şekilde benliğinin parçalarıydı. Bir kimse olduğu konusundaki güveni azaldıkça mülkiyet sahibi olma gereksinimi arttı. Bireyin mülkü yoksa ya da onu yitirdiyse, kendi benliğinin önemli bir parçasından yoksun demektir ve bir anlamda ne kendisi, ne de başkaları onu dört başı mamur bir birey olarak görmüyorlardı.”⁸⁰

Locke’un kuramı bu bağlamda sahip olduğu nesnelere yani üstüne inşa ettiği benliğini veya bir başka deyişle benliğini üzerine inşa edebileceği şeyleri kaybetme korkusunun etrafında şekillenmiştir. Benliğini kaybetmek yerine özgürlüğünü kaybetmeyi yeğlemiş fakat değişen toplum içinde özgürlüğünden de Hobbes gibi hepten vazgeçmeyi de göze alamamıştır. Çünkü bir Leviathan, mülkiyet hakkına da saygı göstermeyecektir. O yüzden Locke’un siyasal erkinin temel vasfı insanın sahip olduklarıyla yarattığı benliğini yani sahip olduklarını koruyacak kadar güçlü fakat bu hakka hanel getiremeyecek kadar da zincirlenmiş bir güç olmaktır.

SONUÇ

Çalışmamızda hem hayatlarına hem yaşadıkları döneme hem de ortaya attıkları fikirlere değindiğimiz iki yazar: Thomas Hobbes ve John Locke’un farklı hayat tecrübeleri ile farklı sonuçlara ulaştıklarını görüyoruz. Elbette bu farklılığın sebepleri salt sosyo-psikolojik sebeplere indirgemek dar bir bakış açısının sonucu olacaktır. Fakat bir korelasyonun olduğu da yadsınmaz.

Thomas Hobbes, gerek kendisinin bahsettiği korkulara dayalı ruh hali gerekse içinde bulunduğu çevreden dolayı açıkça olması gerekeni mutlak güçte ve tahakküm pratiklerinde bulmuştur. Hobbes’a göre mutlu bir toplumun formülü hem bedenen hem ruhen gözle görülür bir tanrıya tabiiyettir. Böylece Otto Rank’in yukarıda bahsettiğimiz doğum travması kavramı ile korkularından kaçacak daha doğrusu korkacağı olgularla yüzleşme işini tanrısına yani Leviathan’a bırakmış olacaktır. Öte yandan John Locke püriten bir geleneğin temsilcisidir. Ortaya attığı doğa durumu ve devlet kavramına yönelik fikirler de bu bağlamda okunduğunda Thomas Hobbes ile hemen hemen aynı dönemlerde yaşamış olsa dahi neden bambaşka bir pencereden baktığı anlaşılacaktır. Hobbes için önemli olan güven içinde yaşamakken, John Locke elde edilen kazanımların korunmasını arzular. Bu kazanımları mülkiyet ile özdeşleştirir.

Aynı dönemde yaşamış fakat taban tabana zıt görüşler ileri sürmüş iki yazarın fikirleri arasındaki bu derin uçurumun bize anlatmak istediği hususlar var. Öncelikle yazarların içinde bulunduğu sosyo-ekonomik çevre, yaşantıları ve travmaları ortaya attıkları fikirleri kuşkusuz etkiliyor. Bu etkileşim Antik Çağda, demokrasiye karşı çıkan Atinalı filozoflarda dahi belirgindir. Thomas Hobbes ve John Locke arasındaki uçurum, düşünürlerin ortaya attıkları fikirleri yalnız yaşadıkları dönemin sosyolojik olayları ile değil, bu olayların neresinde bulduklarını nasıl konumlandıklarını da dikkate alarak incelememiz gerektiğini anlatıyor.

⁸⁰ Fromm, *Özgürlükten Kaçış*, s. 134

KAYNAKÇA

- Alioğulları, Mehmet Ali. Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler. İstanbul: İletişim Yayınları, 2019.
- Arslan, Hüseyin. «John Locke'un Siyaset Felsefesinin Temelleri Üzerine Bir Deneme.» Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2013: 181-204.
- Aubrey, John. Aubrey's Brief Lives. Londra: Vintage Classics, 2016.
- Değirmencioğlu, Burcu. «John Locke'ta Doğa Durumu ve Direnme Hakkı.» Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016: 375-410.
- Fromm, Erich. Özgürlükten Kaçış. İstanbul: Say Yayınları, 2017.
- . Sahip Olmak ya da Olmak. İstanbul: Say Yayınları, 2017.
- Güngör, Ali İsrâ. «Hıristiyanlıkta Püriten Anlayış ve Etkileri.» Dİni Araştırmalar Dergisi, 2005: 7-26.
- Hill, Christopher. The Century of Revolution 1603-1714. London: Routledge, 1980.
- Hobbes, Thomas. Leviathan. İstanbul: Yky Yayınları, 2013.
- Kearney, Hugh. Britanya Adaları Tarihi. İstanbul: İnkılap Kitabevi, 2019.
- Kılıç, Yavuz. «Hobbes, Locke ve Rousseau'da Doğa Durumu Düşüncesi.» Erciyes Üniversitesi Felsefe Bölümü Dergisi, 2015: 97-117.
- Locke, John. Yönetim Üzerine İkinci İnceleme. Ankara: Eksi Kitaplar, 2016.
- Marshall, John. John Locke: Resistance, Religion and Responsibility. Cambridge: Cambridge University Press, 1994.
- Rank, Otto. The Trauma of Birth. Londra: Kegan Paul, Trench, Trubner & Co., Ltd, 1929.
- Rousseau, Jean - Jacques. İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı ve Temelleri Üzerine Konuşma. İstanbul: Say Yayınları, 1990.
- Salihpaşaoğlu, Yaşar. Din ve Devlet Arasındaki İktidar Mücadelesi: Avrupa Örneği. Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.
- Tuncay, Mete. Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi II. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2014.
- Vernon, Richard. Locke on Toleration. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- Yaka, Aydın. Sosyoloji Yazıları: ÇAtışma Kültüründen Uzlaşma Kültürüne. İstanbul: Gündoğan Yayınları, 2018.
- Zabunoğlu, Hamdi Gökçe. «Toplum Sözleşmesi Bağlamında John Locke'un Devlet Anlayışı.» İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016: 431-456.
- Zabunoğlu, Yahya. «Hobbes: Hayatı, Eserleri ve Hukuki Fikirleri.» Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1959: 219-240.
- İnternet Kaynakları
- Britannica, T. Editors of Encyclopaedia. "Whig and Tory." Encyclopedia Britannica, (erişildi: 15.02.2020) <https://www.britannica.com/topic/Whig-Party-England>
- Eski Ahit (erişildi: 01.02.2021) https://www.lds.org/bc/content/shared/content/english/pdf/language-materials/83290_eng.pdf?lang=eng
- Hobbes, Thomas. «De Cive.» public-library. 1657. <http://www.public-library.uk/ebooks/27/57.pdf> (erişildi: 12 10, 2020).



CILT / VOLUME 1 SAYI / ISSUE 2

• *Nikoloz TCHURGULIA*

The Jury Trial: More Democracy or the Ideal of Democracy? Georgia - Some Facts and Figures

Jüri Yargılaması: Daha Fazla Demomrası miYoksa Demokrasinin İdeali mi? Gürcistan - Bazı Gerçekler ve Rakamlar

• *Can BAYER*

Olağanüstü Bir Kanun Yolu Olarak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının İtiraz Yetkisi (CMK m. 308)

The Jurisdiction to Appeal by the Chief Public Prosecutur of the Supreme Court of Cassation as an Extraordinary Legal Remedy

• *Dr. Metin KIRATLI*

TTK. M. 392'ye Göre Bilgi Alma Hakkının Kullanılmasında Yönetim Kurulu Başkanının Rolü

Role of the Chairperson of the Board of Directors in the Exercise of the Right to Request Information Under Article 392 of the Turkish Commercial Code

• *Dr. Öğr. Üyesi Muammer KETİZMEN & Ashhan KART*

Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 17. Maddesi ve Yargıtay Kararları Doğrultusunda Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin suç Teşkil Eden Fiiller Açısından Uygulanacak Norm Hakkında Değerlendirme

Evaluation on the Applicable Norm in terms of Criminal Act Concerning Personal Data Protection in Accordance with the Art. 17 of the Personal Protection Law and Court of Appeal Decisions

• *Enes YILMAZ*

Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Sanık Hakkında Sonuç Doğurmaması Üzerine Bir Değerlendirme
An Evaluation on the Fact that the Decision of Delaying the Pronouncement of the Judgement Has No Consequences for the Accused

• *Anıl AYGEN*

Kendi Korkularından Kaçanlar: Thomas Hobbes, John Locke

Runaways from Their Own Fears: Thomas Hobbes, John Locke