

KARAR İNCELEMELERİ DERGİSİ

ISSN: 2792-0852

Cilt 1

Sayı : 1-2

Haziran-Aralık 2022

Ankara 2023

KARAR İNCELEMELERİ DERGİSİ

DERGİ KURULLARI

Editörler

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Kürşat GÖKTÜRK (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)
Doç. Dr. A. İbrahim AKKUTAY (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)

Yardımcı Editörler

Dr. Öğr. Üyesi Burcu BAYTEMİR KONTACI (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)
Dr. Öğr. Üyesi Aybike TUNÇ (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)
Arş. Gör. Dr. Azime Ayça KAHRAMAN (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Ömer ANAYURT (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Kürşat GÖKTÜRK (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. H. Reyhan DEMİRCİOĞLU (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)
Doç. Dr. A. İbrahim AKKUTAY (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)
Doç. Dr. Alper Çağrı YILMAZ (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)

Danışma Kurulu

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Ömer ANAYURT (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Rifat ERTEN (Ankara Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN (Başkent Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Mertol CAN (Çankaya Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Yücel ACER (Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK (Medipol Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Cemal ŞANLI (İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Hukuk Fak.)
Doç. Dr. H. Reyhan DEMİRCİOĞLU (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)

Teknik İletişim

Dr. Öğr. Üyesi Burcu BAYTEMİR KONTACI (Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.)

Tasarım - Dizgi: Kemal ERDOĞAN

Basım Yeri: Ankara

Basım Tarihi: Şubat 2023

Yayın Türü: Süreli Yayın • ISSN: 2792-0852

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4
Beşevler/ANKARA, TÜRKİYE

AMAÇ VE KAPSAM

Bilimsel araştırmalar ve incelemeler, araştırmanın ve incelemenin yapıldığı alanın ihtiyaçlarına göre şekillenmektedir. Zira bilimsel araştırma ya da inceleme yapmanın amacı söz konusu bilim alanının daha etkin bir şekilde işlemlerini sağlamanın yanında yapılan yanışların giderilmesidir. Bu amaçla eleştiri ve öneriler büyük rol oynamaktadır.

Hukuk disiplini de normatif bir bilim dalı olarak kendine özgü özelliklere sahiptir. Hukuk, toplumsal ihtiyaçların giderilmesini sağlamak için kural ve normlar ortaya çıkarmaktadır. Söz konusu kural ve normların etkin bir şekilde işleyişi de büyük ölçüde uygulayıcıların elindedir. Uygulayıcılar birincil kaynak niteliğindeki pozitif hukuk düzenlemelerini yorumlayıp farklı uygulamalar oluşturabilmektedir.

Hukuk alanında yapılan bilimsel çalışmalar da esas olarak bu uygulamalar üzerine temellendirilmektedir. Bilimsel bir makalede mevcut pozitif hukuk kuralları ile toplumsal normlar ve ihtiyaçlar ortak bir paydada buluşturulmakta; bunun ekseninde farklı veya benzer görüşler ortaya konularak hukuk kural ve normlarının olması gerektiği şekliyle uygulanmasına katkı sağlanmaktadır.

Hukuk kurallarının uygulanmasının en önemli aktörleri “yargı organlarıdır”. Yargı organları gerek ulusal gerekse uluslararası düzeyde mevcut hukuk kurallarını, önüne gelen somut olaya, hukuki yorum araç ve yöntemleri aracılığıyla uygulamaktadırlar. Bu anlamda içtihatlar ortaya çıkmakta ve hukuk düzeninde bir yardımcı kaynak olarak da yer almaktadır.

İçtihatların hukukun temel hedefi olan adalet ve eşitliği sağlayabilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte pek çok karar aynı veya benzer konularda farklılık gösterebilmektedir. Söz konusu farklılıkların her zaman ulaşılabilir olması mümkün değildir. Bunu sağlayabilmenin yollarından birisi de bilimsel eleştiri ve önerilerdir. Bir başka ifadeyle hukukun bir başka yardımcı kaynağı olan doktrinin yargı kararları özelinde eleştirilerini ve önerilerini sistematik bir biçimde ortaya koyabilmesi gerekmektedir.

Bahse konu eleştiri ve önerilerin bir bilimsel makale içerisinde yer almasının mümkün olduğu düşünülebilir. Bu düşünce yanlış bir düşünce de değildir. Bununla birlikte eksik bir düşüncedir. Yani bilimsel makaleler yalnızca incelenen konuyla ilişkili olduğu ölçüde yargı kararlarına yönelik sınırlı bir değerlendirmede bulunabilmektedir.

İşte mevcut eksikliğin giderilebilmesi ve hukuk uygulamalarının etkinliğine katkı sağlanabilmesi için hukukun iki yardımcı kaynağından birisi olan doktriner düşüncenin yargı kararları üzerinde daha fazla ortaya çıkarılması adına bir “karar incelemeleri dergisi”nin akademiye kazandırılması yalnızca bir ihtiyaç değil zarurettir. Karar İncelemeleri Dergisi” bu amaçlarla yayın hayatına başlamayı hedeflemektedir.

Dergi’de yayımlanacak karar incelemelerinin nitelikli olması gerekmektedir. Bu sebeple yazarlardan araştırma makalesi niteliğinde eserler hazırlamaları beklenmektedir.

Eserlerin hakem denetimi, çift kör hakemlik sistemi çerçevesinde gerçekleştirilmektedir.

Bu bağlamda, Karar İncelemeleri Dergisi (KİD), “Hakemli Dergi” statüsünde yılda iki kez Haziran ve Aralık aylarında yayımlanır.

Dergi’de kesinleşmiş yargı kararları incelemeye konu edilebilir.

Dergi’de yayımlanacak eserler Türkçe, İngilizce, Almanca veya Fransızca olarak kaleme alınabilir. Dergi’ye gönderilen karar inceleme çalışmalarının; karara konu olay, hukuki sorunlar, mercilerin konu hakkındaki kararları ve değerlendirmeler şeklindeki bölümlene ve sıralamaya uygun hazırlanması önerilir.

YAZIM KURALLARI

KARAR İNCELEMELERİ DERGİSİ (KİD) YAZIM KURALLARI

1. Dergi'ye gönderilen çalışmaların, bu metinde yer verilen kurallara uygun olarak hazırlanması zorunludur. Bunlara uyulmaması halinde, Editör Kurulu yazının ilgili kurallara uygun şekilde yeniden düzenlenmesini talep edebilir.
2. Dergi'ye gönderilen çalışmaların, Türkçe ise Türk Dil Kurumu'nun belirlediği yazım kurallarına, İngilizce, Almanca veya Fransızca ise o dillerin genel yazım kurallarına uygun olması gerekmektedir.
3. Dergi'ye gönderilen çalışmanın Türkçe veya İngilizce dışında bir dilde kaleme alınması halinde, hem yazıldığı dilde başlık, özet ve anahtar kavramlar hem de Türkçe ve İngilizce başlık, özet ve anahtar kavramlar içermesi gerekmektedir.
4. Belge Biçimi ve Yazı Karakteri:
 - a. Dergi'ye gönderilen eserler, "Microsoft Word" programında ve "Times New Roman" yazı tipi karakterinde, 12 punto harf boyutunda olmalıdır.
 - b. Dipnotlar tek satır aralığı ile Times New Roman 10 punto, normal stille sayfa sonunda verilir.
 - c. Paragraflar arasında veya başlıkların öncesinde ya da sonrasında tek satır boşluk bırakılmamalıdır.
 - d. Dergi'ye gönderilen eserler, Latin harfleri kullanılarak yazılmış olmalıdır.
5. Eser İçeriği ve Kelime Sınırları:
 - a. Dergi'ye gönderilen eserler; başlık (Türkçe ve İngilizce), yazar bilgisi, özet (Türkçe ve İngilizce), anahtar kavramlar (Türkçe ve İngilizce), metin, dipnot ve kaynakça içermek zorundadır.
 - b. Başlık; büyük harflerle, kalın (koyu) ve ortaya hizalı şekilde yazılmalıdır. Yine, aynı şekilde yazılmış İngilizce bir başlık da Türkçe

özetten sonra ve İngilizce özetin (“Abstract”) üzerinde yer almalıdır.

- c. Türkçe “Özet” ve İngilizce “Abstract” bölümlerinin, en az 100’er en fazla 200’er kelime olması gerekmektedir.
- d. Yazar isterse çalışmasına, Türkçe ve İngilizce başlık ve özetlere ek olarak, Almanca veya Fransızca başlık ve özet de ekleyebilir.
- e. Anahtar kavramların sayısının en az 3, en fazla 5 olması gerekmektedir. Anahtar kavramların İngilizcelerine (“Keywords”) yer verilmesi zorunludur.
- f. Dergi’ye gönderilen eserlerin metin bölümünün 40 sayfayı ve 15.000 kelimeyi geçmemesi gerekir. Başlık, özetler ve kaynakça bu kelime sınırına dâhil değildir.
- g. Dergi’ye gönderilen karar inceleme çalışmalarının metin bölümünde; karara konu olay, hukuki sorunlar, mercilerin konu hakkındaki kararları ve değerlendirmeler şeklindeki bölümlenme ve sıralamaya uygun hazırlanması önerilir.
- h. “ÖZET”, “ABSTRACT”, “Anahtar Kavramlar” ve “Keywords” ifadeleri italik ve kalın (koyu) şekilde yazılmalıdır. Özet metinleri ve anahtar kavramlar ise italik şekilde yazılmalıdır.

6. Başlık Biçimi:

a. Başlıklarda derecelerine göre aşağıdaki işaretlemeler kullanılmalıdır:

- (1) Birinci derece bölüm başlıkları büyük Roma rakamlarıyla (I, II, III, IV, V vd.);
- (2) İkinci derece bölüm başlıkları Türk alfabesinde bulunan büyük harflerle (A, B, C, Ç, D vd.);
- (3) Üçüncü derece bölüm başlıkları Arap rakamlarıyla (1, 2, 3, 4, 5 vd.);
- (4) Dördüncü derece bölüm başlıkları Türk alfabesinde bulunan küçük harflerle (a, b, c, ç, d vd.);
- (5) Beşinci derece bölüm başlıkları parantez içine alınmış Arap rakamlarıyla [(1), (2), (3), (4), (5) vd.] numaralandırılmalıdır.

- b. Diğer bölüm başlıklarının nasıl numaralandırılacağı isteğe bağlıdır.
- c. “Giriş” ve “Değerlendirme” isimli başlıklar numaralandırılmamalıdır.
- d. Bütün başlıklar, 12 punto ve kalın (koyu) şekilde yazılmalıdır.

7. Atıf Yöntemi:

- a. Aşağıda detayları belirtilen atıf yönteminde bir kural bulunmayan hallerde, OSCOLA (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) sistemi takip edilmelidir. Bu atıf yöntemine ilişkin detaylı bilgi şu adresten erişilebilir: www.law.ox.ac.uk/oscola
- b. Yararlanılan kaynaklara ilişkin atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.
- c. Çalışmalarda, kısaltmalar cetveline yer verilmesi gerekmemektedir.
- d. Yararlanılan kaynaklar dipnotlarda şu şekilde gösterilmelidir:

(1) Kitaplar:

Yazarın Adı Soyadı, Kitap Adı, Kaçınıcı Bası Olduğu, Yayınevi, Yer, Yılı, Atıf Yapılan Sayfa.

Örnek:

Rıza Ayhan, Ticarî İşletme Hukuku, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 89.

(2) Editörlü Kitap Bölümleri:

Yazarın Adı Soyadı, “Eser (Bölüm) Adı” in Editörün(lerin) Adı Soyadı (ed./eds.), Kitap Adı, Yayınevi, Yıl, Sayfa Aralığı, Atıf Yapılan Sayfa.

Örnek:

İzzet Özgenç/Burcu Baytemir Kontacı, “Yolsuzluk Olgusu ve Ceza Hukuku Sorumluluğu: Uluslararası Örgütlerin İzleme ve Denetleme Mekanizmalarının ‘Şeffaflığın’ ve ‘Hesap Verilebilirliğin’ Sağlanmasındaki Rolü” in İzzet Özgenç/Cumhur Şahin/Faruk Turhan (eds.), 5. Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri – Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, 281-302, s. 290.

(3) Makaleler:

Yazarın Adı Soyadı, “Makale Adı”, Dergi Adı, Yıl, Cilt (Sayı), Sayfa Aralığı, Atıf Yapılan Sayfa.

Örnek:

Cumhur Şahin, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtirazda İncelemenin Kapsamı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, 2013, 19(2), 283-294, s. 287.

(4) İnternet Ortamında Bulunan Kaynaklar:

Yazarın Adı Soyadı, Çalışmanın Başlığı, Dergi Adı, Yıl, Cilt (Sayı), Sayfa Aralığı, , Erişim Tarihi: Gün.Ay.Yıl.

Örnek:

Neslihan Göktürk, “Türk Hukuku’nda Suçların İçtimar”, 2014, 2(1-2), Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, 31-59, s. 35, Erişim Tarihi: 15.11.2021.

(5) İnternet Siteleri ve Bloglar:

Eğer belirli bir yazarı bulunmayan bir sayfaya atıf yapılacaksa, yazarsız bir çalışmaya yapılan atıflarda olduğu gibi, ilgili sayfanın başlığına atıf yapılarak başlanır. Yine, internet sitesinde yayınlanma sayfası yoksa, yalnızca erişim tarihi verilir.

Yazarın Adı Soyadı (varsa), “Başlık” (İnternet Sitesi Adı, Yayın Tarihi (varsa)), Erişim Tarihi: Gün.Ay.Yıl.

Örnek:

Sarah Cole, “Virtual Friend Fires Employee” (Naked Law, 1 May 2009), Erişim Tarihi: 19.10.2021.

(6) Mahkeme Kararları:

Mahkeme kararı atıflarında, kimi zaman ilgili mahkemelerin kendi kararlarına nasıl atıf yapılacağına ilişkin kılavuz ve kuralları bulunmaktadır. Atıf yapılacak kararlarda, eğer varsa bu kurallara uyulması zorunludur. Eğer böylesi kurallar bulunmuyorsa, aşağıdaki usulde atıf yapılır.

Mahkeme ve Daire Bilgileri (kısaltma kullanılabilir), (varsa) Dava Adı, Karar Sayısı, Karar Tarihi, (basılmış/yayımlanmış ise) Basım/Yayın Bilgileri.

Örnekler:

YCGK, 2015/1180 E., 2019/707 K., 10.12.2019.

AİHM, A.A. and Others v. Sweden, no. 14499/09, § ..., 28 June 2012.

e. Birden fazla yazar veya editörün bulunduğu eserlere atıf yapılırken, yazar veya editör ad ve soyadlarının arasına “/” noktalama işareti konulur.

f. Atıf yapılan bir esere yapılacak sonraki atıflar şu şekilde yapılır:

Yazarın Soyadı, Sayfa Numarası.

Örnek:

Ayhan, s. 90.

g. Aynı yazarın birden fazla eserine yapılacak atıflarda eserlerin adı, yazarın diğer çalışmalarından ayırt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılmalıdır:

Örnek:

Ayhan, Ticari İşletme, s. 213.

Ayhan, Kâr Payı, s. 100.

8. Kaynakça:

a. Makalenin sonunda, makalede yararlanılan kaynakların listelendiği “KAYNAKÇA” yer almalıdır. Kaynakça, yazarların soy ismine göre alfabetik olarak, “ilk satır asılı” şekilde sıralanmalıdır. Kaynakçada öncelikle yazarın soyadına, daha sonra adının ilk harfine yer verilir.

Örnekler:

Ayhan R, Ticarî İşletme Hukuku, 2. Bası, Turhan Kitabevi, 2007.

Şahin C, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtirazda İncelemenin Kapsamı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, 2013, 19(2), 283-294.

b. Yararlanılan yargı kararlarına “Kaynakça”dan sonra “Kararlar” başlığı altında ayrıca yer verilmelidir.

9. Yazar Bilgileri:

a. Makaleler gönderilirken yazar bilgileri başlığın altında sağa hizalı şekilde yazılmış yazar isminin yanına yıldızlı dipnot konularak aşağıdaki

formatta verilmelidir.

b. Yazarın kurum bilgileri açık ve eksiksiz olmalıdır. Üniversite ve Fakülte/Müdürlük adreslerinden sonra şehir ve ülke bilgisi de yer almalıdır.

- Yazar akademisyen ise:

Unvanı, Çalıştığı Üniversite ve Anabilim Dalı, Şehir, Ülke, e-posta: ...

ORCID: xxx-xxxx-xxxx-xxxx

- Yazar akademisyen değilse:

(Varsa) Akademik unvanı, Uzmanlık Alanı, Çalıştığı Kurum, Şehir, Ülke, e-posta: ...

ORCID: xxx-xxxx-xxxx-xxxx

- Yazar serbest avukatsa:

Avukat, Bağlı Olduğu İl Barosu, Şehir, Ülke, e-posta: ...

ORCID: xxx-xxxx-xxxx-xxxx

Örnekler:

Serdar TALAS*

Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye, e-posta: ... @istanbul.edu.tr.

ORCID: xxx-xxxx-xxxx-xxxx

Dr., Anayasa Hukuku, T.C. Sayıştay, Ankara, Türkiye, e-posta: ...

ORCID: xxx-xxxx-xxxx-xxxx

Avukat, Ankara Barosu, Ankara, Türkiye, e-posta: ...

ORCID: xxx-xxxx-xxxx-xxxx

ETİK İLKELER VE YAYIN POLİTİKASI

KARAR İNCELEMELERİ DERGİSİ (KİD) ETİK İLKELERİ

I. Dergi Yayın Etiği

1. Karar İncelemeleri Dergisi (KİD), ulusal ve uluslararası düzeydeki akademik ilke ve etik değerlere bağlı bir yayın politikası izlemektedir. Bu bağlamda, Yükseköğretim Kurulu tarafından Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi'nde ve Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi tarafından Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Yayın Yönergesi'nde belirlenen esasların yanı sıra, uluslararası geçerliğe sahip COPE (Committee on Publication Ethics), Directory of Open Access Journals (DOAJ), Open Access Scholarly Publishers Association (OASPA) ve World Association of Medical Editors (WAME) tarafından ortaya konulan standartlar da Dergi'nin yayın politikasının esaslı unsurlarını teşkil etmektedir. Yayın etiğine ilişkin diğer ulusal veya uluslararası yönerge veya standartlar, yukarıda belirtilenlerle çelişmediği sürece, Dergi tarafından geçerli kabul edilmektedir.

2. Dergi bünyesinde gerçekleşen yayın değerlendirme süreci öncesinde, sırasında yahut sonunda, ilgili esaslara ve/veya standartlara aykırı olduğu objektif olarak tespit edilen eserlerin yayın talepleri reddedilir. Dergi'de yayımlanmış eserler bakımından böylesi bir tespitin yapılması halinde, ilgili eser yayından kaldırılır.

II. Editör Kurulunun Yükümlülükleri

1. Dergi'de görevli editörler ve yardımcı editörler; her türlü önyargıdan uzak, objektif ve tarafsız bir şekilde görevlerini yerine getirmekle yükümlüdür.

2. Dergi'de görevli editörler ve yardımcı editörler; görevlerinin gerektirdiği ölçüde gizlilik içerisinde hareket etmekte yükümlüdür.

3. Dergi'de görevli editörler ve yardımcı editörler; Dergi'ye ilişkin her türlü iş ve işlemde tam iş birliği içerisinde hareket eder. Bu iş birliğinin özünü, Dergi bünyesinde adil görev dağılımı yapılması oluşturmaktadır.

III. Eser Sahiplerinin Yükümlülükleri

1. Eserlerinin Dergi'de yayımlanmasını isteyen eser sahipleri, 5846

sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu hükümlerine ve yukarıda anılan ulusal ve uluslararası esas ve standartlar ile Dergi tarafından kabul edilen diğer esas ve standartlara uymakla yükümlüdür.

2. Dergi’de kesinleşmiş yargı kararları incelenebilir. Eser sahipleri incelemeye konu ettikleri yargı kararının bu niteliği taşıdığını taahhüt etmiş kabul edilir.

3. Eser sahipleri yayımlanmak üzere Dergi’ye gönderdikleri eserlerini ilgili hükümlere, esaslara ve standartlara uygun olarak hazırladıklarını taahhüt etmiş kabul edilirler.

IV. Hakemlerin Yükümlülükleri

1. Hakemler, Dergi veya Dergi’nin yetkili kıldığı birimler tarafından kendilerine gönderilen eserlerin eser incelemesini dikkatlice ve ivedilikle yerine getirir; eser değerlendirmesini uzmanlık alanlarına uygun olarak, tarafsız ve adil bir şekilde yapar.

2. Hakemler, değerlendirdikleri eserlerde akademik ilke ve etik değerlere, ulusal veya uluslararası esas veya standartlara aykırılık tespit ettiği takdirde, Dergi Editör Kurulu’nu derhal bilgilendirmekle yükümlüdür.

KARAR İNCELEMELERİ DERGİSİ (KİD) YAYIN POLİTİKASI

1. Karar İncelemeleri Dergisi (KİD), “Hakemli Dergi” statüsünde yılda iki kez Haziran ve Aralık aylarında yayımlanır.

2. Dergi’de kesinleşmiş yargı kararları incelemeye konu edilebilir. Dergi’ye gönderilen kararın bu niteliği taşıdığını, yazar taahhüt etmiş sayılır.

3. Dergi hakemli dergi statüsünde olduğundan, Dergi’de sadece hakem denetiminden geçen eserler yayımlanır.

4. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, yayın etiğinde en yüksek standartlara bağlıdır. Dergi, ulusal standartlara ve kendi Etik İlkeler’ine ek olarak, Committee on Publication Ethics (COPE), Directory of Open Access Journals (DOAJ), Open Access Scholarly Publishers Association (OASPA) ve World Association of Medical Editors (WAME) tarafından yayımlanan etik yayıncılık ilkelerini de benimser.

5. Dergi’de yayımlanacak eserler Türkçe, İngilizce, Almanca veya Fransızca olarak kaleme alınabilir. Dergi’ye gönderilen karar inceleme

çalışmalarının; karara konu olay, hukuki sorunlar, mercilerin konu hakkındaki kararları ve değerlendirmeler şeklindeki bölümlenme ve sıralamaya uygun hazırlanması önerilir.

6. Çalışmalar Dergi'ye, Dergi'nin kurumsal e-posta adresi (hukuk.karardergi@hbv.edu.tr) üzerinden gönderilir.

7. Dergi'ye yayımlanmak üzere gönderilen eserler; özgün nitelikte, başka yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazar tarafından eserin gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.

8. Dergi'ye yayımlanmak üzere gönderilen eserlerin Dergi'nin "Yazım Kuralları"na uygun olması gerekmektedir. Yazım Kuralları'nda detayları belirtilen atıf yönteminde bir kural bulunmayan hallerde, OSCOLA (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) sistemi takip edilmelidir. Bu atıf yöntemine ilişkin detaylı bilgi şu adresten erişilebilir: www.law.ox.ac.uk/oscola.

9. Yazarlar, eserlerinin dergiye gönderdikleri hâliyle "basıma" hazır olduğunu kabul etmiş sayılır. Her bir çalışma, editörlerden biri ve en az iki hakem tarafından değerlendirmeden geçirilir. Yapılan incelemede, bilimsellik ölçütlerine veya Dergi için öngörülen yazım kurallarına uymadığı veya olağanın üzerinde yazım yanlışları içerdiği tespit edilen eserler editörler tarafından geri çevrilir. Bu inceleme kapsamında intihal programında tarama da yapılır.

10. Eserlerin hakem denetimi, çift kör hakemlik sistemi çerçevesinde gerçekleştirilmektedir. Editör kurulunca ön değerlendirmesi yapılan eserler, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak iki hakeme gönderilir. Yazarlara makalenin hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez.

11. Hakemlerden biri olumlu, diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde, üçüncü bir hakem değerlendirmesine başvurulur. Hakemlerin raporlarının olumsuz olması durumunda, üçüncü bir hakem incelemesi yapılmaz. Hakem incelemesi sonucunda yayımlanmayan metinler yazarına geri gönderilmez ve durum hakkında yazara bilgi verilir.

12. Hakemlerin raporlarında düzeltme istemesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklik yapabilir. Yazar, hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra hakemlerin önerisi

doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir.

13. Dergide yayımlanan eserlerdeki görüşler ve bu görüşlere ilişkin sorumluluk yazara aittir.

14. Kabul edilen etik standartlara uygun olmayan tüm eserler yayından çıkarılır. Buna yayından sonra tespit edilen olası kuraldışı, uygunsuzluklar içeren eserler de dahildir.

15. Yayımlanmak üzere kabul edilen eserlerin, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım hakları; basılı, görsel, işitsel, sayısal gibi ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi'ne aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversite'ye devretmiş sayılır, yazara ayrıca telif ücreti ödenmez.

Yapılacak atıflarda derginin adı KİD şeklinde
kısaltılacaktır.

Cite as KID

KARAR İNCELEMELERİ DERGİSİ

Cilt: 1 Haziran-Aralık 2022 Sayı: 1-2

İÇİNDEKİLER

İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN

Anayasa Mahkemesi'nin İdarenin Kusursuz Sorumluluğuna İlişkin “Nazife Başkan” Kararı Üzerine Değerlendirmeler
Ramazan ÇAĞLAYAN..... 1-24

YÖNETİM KURULUNDA TEMSİL EDİLME İMTİYAZINA İLİŞKİN

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun “Yönetim Kurulunda Temsil Edilme İmtiyazı” Hakkındaki 2020/1013 Sayılı Kararı Üzerine Değerlendirmeler
Mehmet ÖZDAMAR / Halil Doğan KÜÇÜKAYDIN..... 25-48

TÜKETİCİ LEHİNE TİCARÎ FAİZE İLİŞKİN

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 19 Eylül 2019 Tarihli ve 2017/620 Esas, 2019/914 Karar Sayılı Kararının İncelenmesi
Kürşat GÖKTÜRK / Cihan YALÇIN.....49-62

KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMINA İLİŞKİN

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun, E.2021/43, K.2021/287 Sayılı ve 17.06.2021 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi: Avukatın Kamu Görevlisi Olarak Görülmesi Meselesi Üzerine Bir İnceleme
Osman Gazi ÜNAL..... 63-100

Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Sayılma Ölçütleri
CGK 2020/337 E., 2021/162 K., 22.04.2021
Abdulkadir ÇADAK..... 101-130

SUÇLARIN İÇTİMAINA İLİŞKİN

Tehdit ve Hakaret İçeren İfadelerin Birlikte Kullanılması Durumunda Cezai Sorumluluğun Belirlenmesine İlişkin Karar İncelemesi: Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2018/46, K. 2021/38 Sayılı Kararı
Melike Hafsa MUCUK..... 131-144

HAKSIZ TAHRİKE İLİŞKİN

Borç İlişkisi Dolayısıyla İşlenen Suçlarda Haksız Tahrik
Hükümlerinin Uygulanabilirliği Bağlamında Yargıtay Ceza Genel
Kurulu'nun 2021/88 Karar Sayılı Kararının İncelenmesi

Ubeydullah TURAN..... 145-180

KASTEN ÖLDÜRME SUÇUNA İLİŞKİN

Kasten Öldürme Suçunun Tasarlayarak İşlenmesi Nitelikli
Haline İlişkin Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2016/486 E.,
2021/56 K., 25.02.2021 Künyeli Kararının Değerlendirilmesi

Elif KURT KILIÇ..... 181-212

Birlikte İntihar Olaylarında Hayatta Kalanın Cezai Sorumluluğuna
İlişkin Karar Değerlendirmesi: YCGK, 2016/1323
E., 2021/314 K., 29.6.2021

Eda TAŞTEMÜR 213-234

CİNSEL SALDIRI SUÇUNA İLİŞKİN

Cinsel Saldırı Suçunun Eşe Karşı İşlenmesi Halinde
Şikayetten Vazgeçmenin Ceza Sorumluluğuna Etkisi: Yargıtay
Ceza Genel Kurulu'nun E. 2019/16, K. 2021/281 Sayılı
Kararı Işığında Bir Değerlendirme

Burak KILIÇ..... 235-252

YAĞMA SUÇUNA İLİŞKİN

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 30.03.2021 Tarih ve 2017/1018 E.,
2021/147 K. Sayılı Kararı Ekseninde Yağma Suçuna İlişkin Tartışmalar

Ayşen ALAN 253-304

GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN İHMALİ

DAVRANIŞLA İŞLENMESİNE İLİŞKİN

Yargıtay Uygulaması Işığında Görevi İhmal Suçunda
Zincirleme Suç Hükümlerinin Uygulanabilirliği Sorunu
YCGK, 2018/445 E., 2021/12 K., 28.01.2021

Mehmet Nuri TEKE 305-322

MARKA HAKKINA TECAVÜZ SUÇUNA İLİŞKİN

Başkasına Ait Tescilli Marka Kullanılarak Hizmet Satışı ve İddianamede
Belirtilen Suç Dışında Hüküm Kurulmasına İlişkin Karar Tahlili
YCGK, 2018/614 E., 2021/269 K., 10.06.2021.

Esra BULUT..... 323-344

KACAĞCILIK SUÇLARINA İLİŞKİN

Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Kapsamında Ticari Amaç Unsuruna İlişkin Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararının Değerlendirilmesi

Muteber Dilasa CİNGİ 345-368

ALDATILAN EŞİN MANEVİ TAZMİNAT TALEBİ VE KİŞİLİK HAKKINA İLİŞKİN

Aldatılan Eşin Manevi Tazminat Talebi ile Kişilik Hakkının İhlali Arasındaki İlişki Üzerine Bir Değerlendirme (Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin E. 2015/15032, K. 2019/35 Sayılı Kararı*)

Huriye Reyhan DEMİRCİOĞLU 369-382

AĞIR BEDENSEL ZARARLARDA YAKINLARIN MANEVİ TAZMİNAT TALEBİNE İLİŞKİN

Ağır Bedensel Zararlarda Yakınların Manevi Tazminat Talep Edip Edemeyeceği Sorununa İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi

Elif AYAN DURHAN 383-400

TEKNİK FAİZ ORANINA İLİŞKİN

Yargıtay 17. Hukuk Dairesi'nin 2019/3292 E., 2021/1848 K. Sayılı Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Kapsamında Tazminat Hesaplamasında Kullanılan Yönteme İlişkin Kararının Değerlendirilmesi

Mustafa İsmail KAYA / Funda KARAMAN 401-426

KASTEN ÖLDÜRME SUÇUNUN İHMALÎ DAVRANIŞLA İŞLENMESİNE VE YARDIM VEYA BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN YERİNE GETİRİLMEMESİNE İLİŞKİN

Yargıtay 1. Ceza Dairesinin Kasten Öldürme Suçunun İhmali Davranışla İşlenmesi (TCK, M. 83) ve Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi (TCK, M. 98) Suçları ile İlgili Bir Kararının Değerlendirilmesi

İzzet ÖZGENÇ 427-442

GÖRÜNÜŞTE İHMALÎ SUÇA İLİŞKİN

Kasten Öldürmenin İhmali Davranışla İşlenmesi (TCK M. 83)
Bakımından Teşebbüs ve İçtima Hükümlerinin Uygulanabilirliği
(Yargıtay 1. Ceza Dairesi 2019/2477 Esas, 2020/258 Karar Sayılı
ve 03.02.2020 Tarihli Karar İncelemesi)

Fatih YURTLU443-464

ETKİN SORUŞTURMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNE VE MESRU SAVUNMA HALİNE İLİŞKİN

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Armani Da Silva v.
Birleşik Krallık Karar İncelemesi

Efe Can KARABULAT465-504

KONSOLOSLUK YARDIMI HAKKINA VE GEÇİCİ ÖNLEM KARARLARININ BAĞLAYICILIĞINA İLİŞKİN

Uluslararası Adalet Divanı'nın Lagrand Kararı İncelemesi

Şeyma Nur DEMİRAY / Meryem YILDIRIM 505-554

VASİYETİN GERİ ALINMASINA YÖNELİK VASİYETİN DE GERİ ALINMASINA İLİŞKİN

İsviçre Federal Mahkemesinin Vasiyetin Geri Alınmasına Yönelik Vasiyetin de Geri Alınmasına Dair (BGE 144 III 81) Sayılı Kararı

Mustafa Fadıl YILDIRIM..... 555-564

KAMU HİZMETLERİNDE TARAFSIZLIK İLKESİNE VE LAİKLİK İLKESİNE İLİŞKİN

Kamu Hizmeti ve Lâiklik: Fransız Danıştayının Bir Kararı Üzerine Düşünceler

Halim Alperen ÇITAK.....565-592

YAPAY ZEKÂNIN BULUŞCULUĞUNA İLİŞKİN

Yapay Zeka Teknolojilerinin Ortaya Koyduğu Buluşların Patentlenebilirliği (Avustralya Federal Mahkemesi'nin 30.07.2022 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi)

Aybike TUNÇ593-602

KARAR İNCELEMELERİ DERGİSİ

Vol: 1 June-December 2022 No: 1-2

C O N T E N T S

<i>Assessments On The Decision Of The Constitutional Court On The “Nazife Başkan” Regarding The Perfect Responsibility Of The Administration</i>	
Ramazan ÇAĞLAYAN	1-24
<i>Evaluations On The Decision Numbered 2020/1013 Of The General Assembly Of Civil Chambers Of The Court Of Cassation On The “Privilege Of Representation In The Board Of Directors”</i>	
Mehmet ÖZDAMAR / Halil Doğan KÜÇÜKAYDIN	25-48
<i>Review Of The Decision Of The General Assembly Of Civil Chambers Of The Court Of Cassation, Dated 19 September 2019 And Numbered 2017/620 E., 2019/914 K.</i>	
Kürşat GÖKTÜRK / Cihan YALÇIN	49-62
<i>Review Of Assembly Of Criminal Chamber Of The Court Of Cassation’s Decision Dated 17.06.2021 And 2021/43-2021/287: An Examination On The Lawyer’s Being Considered As A Public Official</i>	
Osman Gazi ÜNAL	63-100
<i>Criteria For Being Considered As Public Official In Turkish Criminal Law YCGK 2020/337 E., 2021/162 K., 22.04.2021</i>	
Abdulkadir ÇADAK	101-130
<i>Review Of The Judgement About Determining Criminal Liability In The Case Of Committing Threatening And Insulting Act Together: General Assembly Of Criminal Chambers Of The Court Of Cassation’s Judgement Numbered E. 2018/46, K. 2021/38</i>	
Melike Hafsa MUCUK	131-144
<i>Review Of Decision (Decision Number 2021/88) Of The Criminal General Assembly Of The Court Of Cassation Within The Context Of The Applicability Of The Provisions Of Unjust Provocation In Crimes Committed Due To The Debt Relationship</i>	
Ubeydullah TURAN	145-180

<i>Analysis Of The Court Of Cassation General Assembly Of Criminal Chambers' Decision (Decision No. 2021/56) Regarding The Qualified Commitment Of The Crime Of Intentional Killing By Premeditation</i>	
Elif KURT KILIÇ	181-212
<i>Review Of Judgement About Criminal Responsibility Of The Survivor In The Cases Of Joint Suicide: YCGK, 2016/1323 E., 2021/314 K., 29.6.2021</i>	
Eda TAŞTEMÜR	213-234
<i>The Effect Of Withdrawal Of Complaint On The Criminal Liability Of The Crime Of Sexual Assault Against Spouse: An Evaluation In The Light Of The Court Of Cassation General Assembly Of Criminal Chambers' Decision No. 16/281</i>	
Burak KILIÇ	235-252
<i>Discussions Concerning Crime Of Plunder, On Axis Of The 30.03.2021 Dated And 2017/1018 - 2021/147 Numbered Decision Of The Court Of Cassation General Assembly Of Criminal Chamber</i>	
Ayşen ALAN	253-304
<i>The Question Of The Applicability Of The Provisions Of The Successive Offence In The Offence Of Misuse Of Public Duty In The Light Of The Court Of Cassation Practice YCGK, 2018/445 E., 2021/12 K., 28.01.2021</i>	
Mehmet Nuri TEKE	305-322
<i>Decision Assessment About The Service Sales Using Other Registered Trademark And Implementation Of Provisions Other Than The Crime Stated In The Inclusion: YCGK, 2018/614 E., 2021/269 K., 10.06.2021.</i>	
Esra BULUT	323-344
<i>An Evaluation Of The Decision Of Assembly Of The Criminal Chambers Of Court Of Cassation Concerning Regarding The Commercial Purpose Element Within The Scope Of The Anti-Smuggling Law</i>	
Muteber Dilasa CİNGİ	345-368
<i>An Examination on The Relationship Between The Cheated Spouse's Requests Of Non-Pecuniary Damages and The Violation of Personal Rights (A Review of The Judgment (E. 2015/15032, K. 2019/35) of The 4th Civil Chamber of The High Court Of Appeal)</i>	
Huriye Reyhan DEMİRCİOĞLU	369-382

<i>Evaluation Of A Turkish Court Of Cassation Decision Regarding The Problem Of Whether Kinsmen Of The Injured Can Claim Non-Pecuniary Compensation For Severe Physical Damage</i>	
Elif AYAN DURHAN	383-400
<i>Evaluation Of The Decision Of The 17th Civil Chamber Of The Court Of Cassation Numbered 2019/3292 E., 2021/1848 K. Regarding The Method Used In The Calculation Of Compensation Within The Scope Of Compulsory Liability Insurance</i>	
Mustafa İsmail KAYA / Funda KARAMAN	401-426
<i>An Evaluation of the Decision of the 1. Criminal Chamber of the Court of Cassation Regarding Intentional Killing by Act of Omission (TPC art. 83) And Failure In the Duty of Assistance or Notification (TPC art. 98)</i>	
İzzet ÖZGENÇ	427-442
<i>Applicability Of The Provisions Of Criminal Attempt And Joinder Of Offences, Concerning Willful Killing By Omission (Review Of The Decision Of The Penal Department No. 1 Of The Court Of Turkish Cassation, Basis No. 2019/2477, Decision No. 2020/258, And Dated 03.02.2020)</i>	
Fatih YURTLU	443-464
<i>A Review Of The European Court Of Human Rights Case Of Armani Da Silva v. United Kingdom</i>	
Efe Can KARABULAT	465-504
<i>Lagrang Case Review Of International Court Of Justice</i>	
Şeyma Nur DEMİRAY / Meryem YILDIRIM	505-554
<i>Swiss Federal Court Decision (BGE 144 III 81) On The Revocation Of A Will To Revoke The Will</i>	
Mustafa Fadıl YILDIRIM	555-564
<i>Public Service And Secularism: Reflections On A Decision Of The French Council Of State</i>	
Halim Alperen ÇITAK	565-592
<i>Patentability Of The Inventions Made By AI Technologies (A Review Of The Australian Federal Court's Decision Of 30.07.2022)</i>	
Aybike TUNÇ	593-602

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN “NAZİFE BAŞKAN” KARARI ÜZERİNE DEĞERLENDİRMELER

Assessments On The Decision Of The Constitutional Court On The “Nazife Başkan” Regarding The Perfect Responsibility Of The Administration

Ramazan ÇAĞLAYAN*

Özet

İdare hukuku içtihadı dayalı bir hukuk dalıdır. Yargı yerleri içtihatlarıyla idare hukukunun gelişimine katkı sağlamaktadır. Anayasa Mahkemesi de içtihatlarıyla idare hukukunun gelişimine önemli katkılar sağlamaktadır. Bu çalışmada, idarenin kusursuz sorumluluğuna ilişkin Anayasa Mahkemesinin Nazife Başkan kararı üzerinde durulmaktadır. Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi, idarenin kusursuz sorumluluğuna ilişkin ilkelerinden birisidir. İdarenin kamu yararına yönelik faaliyetlerinden kaynaklanan anormal zararlar tazmin edilmektedir. Anayasa Mahkemesinin bu kararı bu konuya ilişkindir. İdarî yargı yeri tazminat talebini reddetmiştir. Buna karşın Anayasa Mahkemesi tazminat ödenmesi yönünde karar vermiştir.

Anahtar kelimeler: *İdare hukuku, idarenin sorumluluğu, kusursuz sorumluluk, Anayasa Mahkemesi kararı.*

Abstract

Administrative law is a branch of law based on case law. Jurisdictions contribute to the development of administrative law with their jurisprudence. The Constitutional Court also makes significant contributions to the development of administrative law with its jurisprudence. This study focuses on the decision of the Constitutional Court, Nazife Başkan, regarding the strict liability of the administration. The principle of equality in the face of public burdens is one of the principles regarding the flawless responsibility of the administration. Abnormal damages arising from the public interest activities of the administration are compensated. This decision of the Constitutional Court is related to this issue. The administrative court dismissed the claim for compensation. However, the Constitutional Court decided to pay compensation.

* Prof. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: caglayanhukuk@yahoo.com , ORCID : 0000-0003-1658-3178

Keywords: *Administrative law, responsibility of the administration, strict liability, Constitutional Court decision.*

APPRECIATIONS SUR LA DÉCISION DU “NAZİFE BAŞKAN” DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE RELATIVE À LA PARFAITE RESPONSABILITÉ DE L'ADMINISTRATION

Résumé

Le droit administratif est une branche du droit fondée sur la jurisprudence. Les juridictions contribuent au développement du droit administratif par leur jurisprudence. La Cour constitutionnelle contribue également de manière significative au développement du droit administratif grâce à sa jurisprudence. Cette étude se concentre sur la décision du Nazife Başkan de la Cour constitutionnelle concernant la responsabilité stricte de l'administration. Le principe d'égalité face aux charges publiques est l'un des principes de la responsabilité sans faille de l'administration. Les dommages anormaux résultant des activités d'intérêt public de l'administration sont indemnisés. Cette décision de la Cour constitutionnelle est liée à cette question. Le tribunal administratif a rejeté la demande d'indemnisation. Cependant, la Cour constitutionnelle a décidé de verser une indemnité.

Mots clés: *Droit administrative, responsabilité de l'administration, responsabilité sans faute, Décision de la Cour constitutionnelle.*

GİRİŞ

İdare hukukunun özelliklerinden birisi de “içtihadî” nitelikte olması, yani içtihatlarla gelişmesidir¹. Fransa’da olduğu gibi ülkemizde de önce idarî yargı ortaya çıkmış akabinde onun içtihatları ve bilimsel çalışmalarla idare hukuku oluşmuştur. Bu özelliği nedeniyle idare hukukuna “yazılı olmayan hukuk”, “içtihadî hukuk” ya da “hâkim tarafından yapılan hukuk” denilmektedir². Öte yandan, diğer hukuk dallarında ceza kanunu, medenî kanun, ticaret kanunu gibi temel kanunlar (*code*) bulunmaktadır. Buna karşın idare hukukunun

¹ Ramazan Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, 9.Baskı, Ankara 2021, s.93; A. Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, İdare Hukuku, C.1-Genel Esaslar, 2.Baskı, Ankara 2001, s.18; Ender Ethem Atay, İdare Hukuku, 2.Baskı, Ankara 2009, s.39; Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, 11.Baskı, Ankara 2019, s. 18; Jean Rivero/Jean Waline, Droit Administratif, 17.Baskı, 1998, s. 29.

² André de Laubadère/Jean-Claude Venezia/Yves Gaudemet, Traité de Droit Administratif, 15.Baskı, C.I, Paris 1999, s.15 (*droit non écrit, droit prétorien, droit jurisprudentiel*); Jean-Michel de Forges, Droit Administratif, Paris 1998, s.12-13.

böyle temel bir kanunu bulunmamaktadır. Bu durum da idare hukukunun içtihadî özelliğini pekiştirmektedir. İctihada dayalı olmasının bir sonucu olarak idare hukuku, idari yargı yerlerinin (idare ve vergi mahkemeleri, bölge idare mahkemeleri ve Danıştay) içtihatlarıyla gelişmektedir. İdarî yargı yerleri yanında Uyuşmazlık Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi de içtihatlarıyla bu alana katkı sağlamaktadırlar. Özellikle bireysel başvuru usulünün kabulü ile Anayasa Mahkemesinin içtihadî katkısı daha da artmaktadır.

İdare hukukunun içtihadî özelliğinin en başta gelen örneği “idarenin sorumluluğu” konusudur. Hukukumuzda idarenin hukukî (malî) sorumluluğuna ilişkin temel olarak iki düzenleme bulunmaktadır. Bunlardan birincisi Anayasa’nın 125. maddesinde yer alan “*idare kendi eylem ve işlemlerden doğan zararları ödemekle yükümlüdür*” hükmüdür. İkincisi de 2577 sayılı İdarî Yargılama Usûlü Kanunu’nun idarî davaları tanımlayan 2. maddesinde yer alan hükümlerdir. Bunlar ise “*İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları*” ve “*kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar*” şeklindeki düzenlemelerden ibarettir.

Görüldüğü üzere bu düzenlemelerde esas itibariyle idarenin, davranışları sebebiyle birilerine zarar vermesi halinde, bu zararları telafi etmek zorunda olduğu ve bu amaçla “tam yargı davası” açılacağı belirtilmektedir. İdare davranışları ile sebep olduğu zararları karşılamak zorundadır. İdarenin sorumluluğu kusura dayalı sorumluluk mudur, kusursuz sorumluluk mudur, yoksa her ikisi birden mi uygulanacaktır? Sorumluluk şartları nelerdir? Bu gibi soruların cevapları içtihatla ve öğreti ile verilmektedir.

Bu çalışmada üzerinde duracağımız Anayasa Mahkemesi kararı da, idare hukukunun içtihadî özelliğinin en başta gelen örneği olan idarenin sorumluluğuna ilişkindir. Başka bir ifâdeyle Anayasa Mahkemesi içtihatlarıyla idarenin sorumluluğu, özellikle kusursuz sorumluluğu konusuna önemli bir katkı sağlamıştır.

I. ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Burada üzerinde duracağımız karar, Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuru usulünde verdiği bir karardır. **Nazife Başkan kararı**. Başvuru Numarası: **2016/69236**, **Karar Tarihi. 03.07.2019**, **RG. R.G. Tarih ve Sayı: 31/7/2019-30848**.

Anayasa Mahkemesi daha sonra verdiği *Yaşar Çetinbaş* kararında (Başvuru Numarası: 2018/34564, Karar Tarihi: 10/3/2021, R.G. Tarih ve Sayı: 31/3/2021-31440) da benzer bir sonuca ulaşmıştır. Bu kararda konu, çok detaylı ele alınmamış, birçok hususta *Nazife Başkan* kararına atıf yapılmakla yetinilmiştir. Bu nedenle biz bu alana ilişkin temel içtihat niteliğinde olduğundan sadece *Nazife Başkan* kararı üzerinde değerlendirmeler yapacağız.

1. Karara Konu Olan Olay ve Aşamaları

Anayasa Mahkemesinin kararından anlaşıldığına göre karara konu olan olay ve aşamaları şu şekildedir.

(1) Başvurucu, Trabzon'un Ortahisar ilçesi Hızırbey Mahallesi Yalı Sofuoğlu mevki 841 ada 17 parsel sayılı taşınmaz üzerinde bulunan binanın 2 No.lu bağımsız bölümünü 1/7/2013 tarihinde tapuda satın almıştır.

(2) Başvurucuya ait taşınmazının bitişiğinde Karayolları Genel Müdürlüğü (İdare) köprülü kavşak inşa etmiştir.

(3) Başvurucu, taşınmazın bitişiğinde inşa edilen köprülü kavşağın ortaya çıkardığı olumsuz etkiler sonucunda değer kaybettiği gerekçesiyle zararının giderilmesi için 1/7/2015 tarihinde Karayolları Genel Müdürlüğüne (İdare) başvurmuştur. İdare başvuruya cevap vermediği için zımnî ret işlemi gerçekleşmiştir.

(4) Zımnî ret işlemi üzerine başvurucu, kavşak nedeniyle trafik gürültüsü ve kirliliğinin arttığı ayrıca taşınmazının önünün kapandığı gerekçeleriyle 2.000 TL maddi zararın, idareye başvuru tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte tazminine yönelik idare mahkemesinde dava açmıştır.

(5) Yargılama sürecinde yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu hazırlanan raporlarda; dava konusu bağımsız bölümün manzarasının kesilmediği, maruz kalacağı gürültü kirliliğinin bir miktar artacağı ve bu nedenle değerinin %10 oranında azalacağı belirlenmiştir.

(6) İdare mahkemesi davanın reddi yönünde karar vermiştir. İstînaf aşamasında mahkemenin kararı hukuka uygun bularak onanmış ve karar kesinleşmiştir.

2. Hukukî Sorunun Tespiti

Olayda Karayolları Genel Müdürlüğü (İdare), üstlendiği kamu hizmetinin gerekleri doğrultusunda karayolu üzerinde bir köprülü kavşak inşa

etmiştir. Başvurucu, bu köprülÜ kavşanın, kavşak inşasından önce satın aldığı taşınmazın değerini düşürdüğünden bahisle uğradığı zararın idare tarafından tazmin edilmesini istemektedir.

Burada hukukî sorun iki aşamalı olarak şu şekildedir:

(1) İdarenin, görevi gereği ve hukuka uygun şekilde yaptığı yol, köprü, tünel, altyapı, baraj gibi bayındırlık faaliyetleri sebebiyle oluşan manzara görünümünün kapanması, güneş alımının engellenmesi, gürültü, koku ve kirlilik gibi sebeplerle taşınmazda meydana gelen değer düşüklüğü şeklindeki zararları tazmin borcu bulunmakta mıdır?

(2) Şâyet idarenin tazmin borcu varsa, bunun hukukî temeli ve şartları nelerdir?

3. İdarî Yargı Yerinin Yaklaşımı

Anayasa Mahkemesi kararından anlaşıldığı kadarıyla, idare mahkemesi davanın reddi yönünde karar verirken şu gerekçelere dayanmaktadır (p.10):

(1) Aynı binanın farklı bağımsız bölümleri için yapılan bilirkişi incelemesi sonucu hazırlanan raporlarda; dava konusu bağımsız bölümün manzarasının kesilmediği, maruz kalacağı gürültü kirliliğinin bir miktar artacağı ve bu nedenle değerinin %10 oranında azalacağı belirlenmiştir.

(2) Ancak bu zarar kalemlerinin aynı yol üzerinde bulunan bütün işyeri ve daire sahipleri için geçerli olduğu, başvurusunun zararının diğer işyeri ve daire sahiplerinden farklı, özel ve olağan dışı bir nitelikte olmadığı, yapılan viyadük nedeniyle oluşan genel külfetlere, kamu külfetlerindeki eşitlik ilkesi uyarınca herkesin katlanması gerektiği belirtilmiştir.

(2) Ayrıca başvurusunun yeni kavşak sayesinde ulaşımı rahatlatan yolun olanaklarından yararlanabileceği hususu dikkate alındığında kamu külfeti olmaktan çıkan hizmetten yararlanan başvuru yönünden maddi zarar bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

3. Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı

Anayasa Mahkemesi söz konusu hukukî sorunu çözerken şöyle bir yol takip etmiştir.

a. Kanunî Dayanak Tespiti Yapılmıştır

2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun "*İdarî dava türleri*

ve idari yargı yetkisinin sınırı” kenar başlıklı 2. maddesi “ 1. İdari dava türleri şunlardır:... b) İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları”.

b. İdarî Yargı Yerlerinin Yaklaşımının Belirlenmesi İçin Örnekler Aktarılmaktadır

Anayasa Mahkemesi kararında, kendi kanaatinden önce konuya ilişkin idarî yargı kararlarından örnekler aktarılmakta ve kararların ilgili kısımlarına yer verilmektedir. Bu kararlar şunlardır (p.16-22):

(1) Trabzon Bölge İdare Mahkemesinin 10/9/2015 tarihli ve E.2015/948,K.2015/1009 sayılı kararı.

(2) Ankara Bölge İdare Mahkemesi 10. İdari Dava Dairesinin 20/12/2017 tarihli ve E.2017/1308,K.2017/1261 sayılı kararı.

(3) Samsun Bölge İdare Mahkemesinin 28/1/2016 tarihli ve E.2015/2821,K.2016/168 sayılı kararı.

(4) Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesinin 28/12/2016 tarihli ve E.2016/227,K.2016/601 sayılı kararı.

(5) Danıştay Onuncu Dairesinin 4/11/2015 tarihli ve E.2012/2512, K.2015/4746 sayılı kararı.

(6) Danıştay Onuncu Dairesinin 15/3/2016 tarihli ve E.2013/6827, K.2016/1402 sayılı kararı.

(7) Danıştay Onuncu Dairesinin 22/5/2017 tarihli ve E.2014/5034, K.2017/2518 sayılı kararı.

c. Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı

Anayasa Mahkemesi, olaydaki hukuki sorunun çözümü bakımından aşağıdaki şekilde bir yol takip etmiştir.

(1) Mülkiyet hakkı, mülkiyetin varlığı, mülkiyete müdahale ve mülkiyet hakkının himayesi: Kararda bu hususlara ilişkin şu tespitler yapılmaktadır.

-Mülkiyet hakkı: “Anayasa'nın “Mülkiyet hakkı” kenar başlıklı 35. maddesi şöyledir: “Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının

kullanılması toplum yararına aykırı olamaz” (p.29)s.

-Mülkiyetin varlığı: “Somut olayda başvuruya konu taşınmazın başvurucu adına tapuda kayıtlı olduğu anlaşıldığına göre Anayasa’nın 35. maddesi anlamında mülkün varlığında tereddüt bulunmamaktadır” (p.30).

-Mülkiyete müdahalenin varlığı: “İlk derece mahkemesinin kararında, başvurucunun taşınmazının bitişiğine köprülü kavşak yapılmış olmasının söz konusu bağımsız bölümün maruz kalacağı gürültü kirliliğinin artmasına yol açacağı ve bu durumun taşınmazın değerini yaklaşık %10 oranında azaltacağı tespit edilmiştir. Bu kavşağın kamu gücü tasarrufu çerçevesinde inşa edildiği de dikkate alındığında belirtilen şekilde taşınmazın değerinin azalmasına yol açılmasının mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiği açıktır” (p.31).

-Mülkiyetten yoksun bırakma değil mülkiyetten barışçıl yararlanma hakkına müdahale: “Bununla birlikte başvuru konusu olayda başvurucunun mülkünden yoksun bırakılması söz konusu değildir. Başvurucunun taşınmazının yakınına köprülü kavşak inşa edilmesi suretiyle taşınmazın kullanımına yapılan müdahalenin mülkiyetin kullanımının kontrolü veya düzenlenmesi niteliği taşımadığı da açıktır. Bu olayda köprülü kavşak inşası ile başvurucunun taşınmazında trafiğin ve gürültünün artması, ayrıca taşınmazın manzarasının kapanması nedenleriyle değerinin düştüğü ileri sürüldüğüne göre başvurunun **mülkiyetten barışçıl yararlanma hakkına** müdahaleye ilişkin genel kural çerçevesinde incelenmesi gerekir” (p.32).

-Mülkiyet hakkının himayesi: “Anayasa’nın 35. maddesinde bir temel hak olarak güvence altına alınmış olan mülkiyet hakkının gerçekten ve etkili bir şekilde korunabilmesi yalnızca devletin müdahaleden kaçınmasına bağlı değildir. Anayasa’nın 5. ve 35. maddeleri uyarınca devletin mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin pozitif yükümlülükleri de bulunmaktadır. Bu pozitif yükümlülükler kimi durumlarda özel kişiler arasındaki uyuşmazlıklar da dâhil olmak üzere mülkiyet hakkının korunması için belirli tedbirlerin alınmasını gerektirmektedir” (p.34).

“Mülkiyet hakkına müdahalede bulunulması durumunda bu müdahalenin malik üzerinde doğurduğu olumsuz sonuçların mümkünse eski hâle döndürülmesini, mümkün değilse malikin zarar ve kayıplarının telafi edilmesini sağlayan idari veya yargısal birtakım hukuki mekanizmaların oluşturulması devletin pozitif yükümlülüklerinin bir gereğidir. Bu bağlamda hak ihlalinin sonuçlarının giderilmesi bakımından ne tür hukuki mekanizmaların öngörüleceği hususu devletin takdirindedir. Bu husus kural

olarak Anayasa Mahkemesinin ilgi alanı dışındadır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin tercih edilen idari veya yargısal mekanizmanın malik üzerinde doğurduğu olumsuz etkilerin düzeltilmesi bakımından yeterli ve elverişli olup olmadığı hususundaki denetim yetkisi saklıdır. Bu bağlamda düzeltici bir mekanizmanın hiç oluşturulmaması veya oluşturulan mekanizmanın müdahaleden önceki durumu tesis edici veya oluşan kayıpları giderici bir nitelik arz etmemesi durumunda mülkiyet hakkının devlete yüklediği pozitif yükümlülükler ihlal edilmiş olur” (p.36).

(2) Hukukî sorunun çözümü: Kararda, hukukî sorun aşama aşama şu şekilde çözüme kavuşturulmuştur.

-Başvurucunun talebi: “Başvurucu; inşa edilen köprülü kavşak nedeniyle trafik yoğunluğunun, çevre kirliliğinin ve gürültünün artması, ulaşımının kısıtlanması ve manzarasının kapanması nedeniyle taşınmazının değerinin düştüğünden ve zararının karşılanmamasından yakınmaktadır” (p.37)

-Mahkemenin kararı: “Başvuru konusu olayda, başvurucuya ait bağımsız bölümün bulunduğu binanın karşısına yıllara paralel olarak artan araç sayısının yol açtığı trafik sirkülasyonunu azaltmak, dolayısıyla trafik güvenliğini, can ve mal emniyetini sağlamak adına *Reşadiye farklı seviyeli köprülü kavşağı* inşa edilmiştir. Başvurucunun kavşak inşası nedeniyle taşınmazında oluşan değer kaybının tazmini istemiyle açtığı dava ise reddedilmiştir. Mahkeme başvurucunun taşınmazının %10 değer kaybına uğradığını tespit etmiştir. Ancak Mahkemece bu zarar kalemlerinin aynı yol üzerinde bulunan bütün işyeri ve daire sahipleri açısından geçerli olduğu, başvurucunun zararının diğer işyeri ve daire sahiplerinden farklı, özel ve olağan dışı bir nitelikte olmadığı ifade edilmiştir. Mahkemeye göre başvurucunun oluşan genel külfetlere kamu külfetlerindeki eşitlik ilkesi uyarınca katlanması gerekmektedir” (p.38).

-Mülkiyete meşru müdahale: “İdarenin trafiğin düzenlenmesi maksadıyla yeni yol, kavşak, köprü gibi inşa çalışmalarının kamu hizmetlerin sürekliliği ve artan ihtiyaçların karşılanması maksadına yönelik olarak yapıldığı değerlendirildiğinden köprülü kavşak inşası sonucu oluşan müdahalenin kamu yararına dayalı, meşru bir amacının bulunduğu açıktır” (p.40).

-Mülkiyete meşru müdahaleden kaynaklanan zarar: “Somut olayda İdarenin ulaşım faaliyetlerinin devamlılığını sağlamak üzere yaptığı köprülü kavşak yüzünden başvurucunun taşınmazında değer kaybı olduğu

derece mahkemelerince açık bir biçimde tespit edilmiştir. Başvurucunun taşınmazında yaşanan böyle bir değer kaybının zarara yol açtığı ve bu zarara da İdarenin yaptırdığı köprülülük kavşağın sebebiyet verdiği ise kuşkusuzdur. Bu yüzden uğranılan zararların giderilmemesi ise başvurucuya önemli bir külfet yüklemektedir. Söz konusu idari eylemle başvurucunun taşınmazında böyle bir zarara yol açıldığı ortada olduğuna göre mülkiyet hakkının korunmasının devlete yüklediği pozitif yükümlülükler çerçevesinde *eski hâle getirme* kuralı kapsamında bu zararın giderilmesi gerekir. Aksi takdirde yani İdarenin salt kusurlu olup olmadığına göre sorumluluğun belirlenmesi veya söz konusu külfete bütünüyle mülk sahibinin katlanması sonucuna varılması başvurucuya şahsi olarak yüklenen külfeti olağan dışı bir biçimde arttırır” (p.41).

-İdari yargı yerleri benzer olaylarda tazminata karar vermektedir: Nitekim benzer şikâyetlerle açılan davalarda bazı bölge idare mahkemeleri ve Danıştay tarafından da idarenin kusursuz sorumluluğu esasına dayanan hâllerde özel ve olağan dışı nitelik arz eden zararların İdare tarafından karşılanacağı kabul edilmiştir (bkz. §§ 17-22). Somut olayda her ne kadar derece mahkemelerince başvurucunun zararının diğer işyeri ve daire sahiplerinden farklı, özel ve olağan dışı bir nitelikte olmadığı belirtilmiş ise de aynı binanın başka bağımsız bölümlerinde yapılan keşif sonrası alınan birikişi raporlarında görüntü ve gürültü kirliliğinin artmasından dolayı taşınmazların %10 oranında değer kaybına uğrayacağı tespit edilmiştir.(p.42).

-Başvurucu ağır külfet altına sokulmuştur: “Buna göre başvurucunun kavşak yakınında taşınmazı bulunmayan ve yalnızca kavşağı kullanan kişiler ile eşit şekilde külfet altına sokulduğundan bahsetmek de mümkün değildir. Dolayısıyla başvurucunun diğer taşınmaz maliklerine oranla daha ağır bir külfet altına sokulduğunun göz önünde tutulması gerekir” (p.42).

-Oluşan zarar tazmin edilmelidir: “Bu durumda İdarece yaptırılan köprülülük kavşağın olumsuz etkileri nedeniyle başvurucunun taşınmazında meydana gelen değer düşüklüğüne rağmen derece mahkemelerinin oluşan zarara bütünüyle başvurucunun katlanması gerektiğine yönelik yorumları başvurucuya şahsi olarak aşırı ve olağan dışı bir külfet yüklemektedir. Sonuç olarak başvurucunun köprülülük kavşağın hemen bitişiğinde olan taşınmazı yönünden uğradığı söz konusu zararın karşılanmaması nedeniyle devlete mülkiyet hakkının yüklediği pozitif yükümlülüklerin somut olay bağlamında yerine getirilmediği kanaatine varılmıştır” (p.43).

-Mülkiyet hakkı ihlal edilmiştir: “Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın

35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir” (p.44).

-Hüküm: Açıklanan gerekçelerle; A. Mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA, B. Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE, C. Kararın bir örneğinin mülkiyet hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Trabzon İdare Mahkemesine (E.2015/1495, K. 2016/323) GÖNDERİLMESİNE.

II. DEĞERLENDİRMELER

Yukarıda işaret edildiği üzere karar konu olan olayda hukukî sorun iki aşamalı olarak şu şekildedir:

(1) İdarenin, görevi gereği ve hukuka uygun şekilde yaptığı yol, köprü, tünel, altyapı, baraj gibi bayındırlık faaliyetleri sebebiyle oluşan manzara görünümünün kapanması, güneş alımının engellenmesi, gürültü, koku ve kirlilik gibi sebeplerle taşınmazda meydana gelen değer düşüklüğü şeklindeki zararları tazmin borcu bulunmakta mıdır?

(2) Şâyet idarenin tazmin borcu varsa, bunun hukukî temeli ve şartları nelerdir?

Burada söz konusu olan husus, idarenin hukuka uygun bir faaliyetinden kaynaklanan zararın tazmin edilip edilmeyeceği sorusudur. Hukuka uygun bir faaliyet olduğuna göre, idarenin kusurundan ve buna bağlı olarak kusura dayalı (hizmet kusuru) sorumluluktan değil, idarenin kusursuz sorumluluğu gündeme gelmektedir. Bu bakımdan idare hukukunda idarenin kusursuz sorumluluğuna ilişkin temel kuralları aktarmak gerekir.

1. İdarenin Kusursuz Sorumluluğuna İlişkin İlkeler

Hukukta sorumluluğun, “siyâsî sorumluluk”, “cezaî sorumluluk”, “disiplin sorumluluğu” ve “hukûkî (malî) sorumluluk” gibi türleri bulunmaktadır. Bunlardan “hukukî (malî) sorumluluk” çalışmamızın konusunu oluşturmaktadır.

Kamu hizmetlerini sunarken idarenin davranışlarından (işlem, eylem, sözleşme) zararlı neticeler ortaya çıkabilmektedir. Zarar görenler hizmetin sunumuna katılan görevliler olabileceği gibi, hizmetten yararlananlar hatta hizmetle doğrudan ilgisi bulunmayan kişiler de olabilir. Bu zararlar malvarlığına veya kişilik varlığına yönelik olabilir. Malvarlığındaki azalma

veya artışın engellenmesi bu anlamda zararı oluşturmaktadır. İdarenin sorumluluğuna sebep olan zarar, bir talebin reddi şeklindeki işlemlerde olduğu gibi doğrudan idarî işlemde veya yıkma kararının uygulanması olan yıkma eyleminde olduğu gibi bir işlemin uygulanmasından kaynaklanabilir³. Zarar, lokomotiften sıçrayan kıvılcımın çevreye zarar vermesinde olduğu gibi doğrudan bir eylemden kaynaklanabilir⁴. Yine idarenin sorumluluğuna sebep olan zarar, sözleşme kurallarına uyulmamasından da kaynaklanabilir⁵.

İdare hukukunda da idarenin sorumluluğu “kusura dayalı sorumluluk” ve “kusursuz sorumluluk” olmak üzere iki tür sorumluluk söz konusudur. İdare hukukunda kusura dayalı sorumluluk, idarenin, kamu hizmeti ve faaliyetlerini yürütürken “kusurlu” bir davranışta bulunarak sebep olduğu zararı tazmin etmesi yükümlülüğünü ifade etmektedir. Buradaki “kusur”, “kusur (*faut*), “hizmet kusuru (*faute de service*)” olarak kabul edilmektedir. Bu anlamda *hizmet kusuru, hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde ya da işleyişindeki bir bozukluğu, aksaklığı ve eksikliği ifade etmektedir*⁶. Bu bağlamda hem öğretide⁷ hem de içtihatlarda⁸ “hizmetin kötü işlemesi”, “hizmetin geç işlemesi”, “hizmetin hiç işlememesi” halleri, hizmet kusurunun görünümleri olarak kabul edilmektedir.

a. İdare Hukukunda Kusursuz Sorumluluk

İdare hukukunda “kusursuz sorumluluk (*responsabilité sans faute*)”,

³ Yıldızhan Yayla, İdare Hukuku, İstanbul 2009, s.353.

⁴ Yayla, age., s.354.

⁵ Yayla, age., s.358.

⁶ Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1966, C.III, s.1694; Gözübüyük/Tan, age., C.I, s.679, C.II, s.656; Ragıp Sarıca, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, İÜHFİM-1949, C.XV, s.858.

⁷ Onar, age., C.III, s.1695; Metin Günay, İdare Hukuku, 11.Baskı, Ankara 2011, s.320; Gözübüyük/ Tan, age., C.I, s.679; Danıştay Onuncu Dairesi, E.1994/7359, K.1995/3559, T.12.7.1995, DD.91, s.1106.

⁸ Danıştay Onuncu Dairesi, E.1994/7359, K.1995/3559, T.12.7.1995, DD.91, s.1106: “...*Genel olarak hizmet kusuru, hizmetin kuruluş ve işleyişindeki aksaklık ve bozukluktur...*”; Danıştay İkinci Dairesi, E.2007/1297, K.2007/3247, T.13.07.2007, Atay, age., s.704: “...*Hizmetin kötü veya geç işlemesi, gereği gibi işlememesi sonucu bir zarara sebebiyet verilmiş olması hâlinin hizmet kusuru nedeniyle idareye meydana gelen maddî veya manevî zararları tazmin sorumluluğu yükleyeceği idare hukukunun yerleşmiş ilkelerindedir...*”; Danıştay Sekizinci Dairesi, E.2004/672, K.2004/1829, T.15.04.2004: “...*Hizmet kusuru, kamu hizmetinin organizasyonu ve işleyişinden kaynaklanır. Kamu hizmeti eksik veya kötü yürütülmeğe veya bu faaliyet hizmet gerekleriyle bağdaştırılmayacak nitelikteyse, idarenin hizmeti kusurlu yürüttüğünün kabulü zorunludur...*”.

idarenin davranışından bir zarar meydana geldiğinde, idarenin hiçbir kusurlu davranışı olmasa da zarardan sorumlu tutulmasını ifade etmektedir⁹. Kusursuz sorumlulukta idarenin gerçekleştirdiği bir faaliyetten bir zarar meydana geldiğinde, idareye ya da görevlisine hiçbir kusur atfedilemese de, idarenin davranışı hukuka uygun olsa da idare meydana gelen zarardan sorumlu tutulmaktadır. Kusursuz sorumluluk hâlinde kusur aranmadığından, idarenin kusursuzluğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulması da söz konusu değildir.

b. İdare Hukukunda Kusursuz Sorumluluğun Özellikleri

İdare hukukunda kusursuz sorumluluğu şu iki özelliğe sahiptir:

(a) *Kusursuz sorumluluğun ikincil olma özelliği*: İdare hukukunda kusursuz sorumluluk, kusura dayalı sorumluluğa nazaran ikincil niteliktedir. Önce kusura dayalı sorumluluğa başvurulur. Kusura dayalı sorumluluk şartları gerçekleşmiyorsa, ikincil olarak kusursuz sorumluluğa gidilir¹⁰. Danıştay'ın yaklaşımı da bu yöndedir¹¹.

(b) *Zararın anormal ve özel olması özelliği*: İdare hukukunda, kusursuz sorumluluk ilkelerine göre her zarar değil, “**anormal** (*anormal*) ve “**özel** (*spécial*)” olan zararlar tazmin edilebilir¹². Zararın anormalliği, zararın ağırlığı ile ilgili olup, basit zararlardan sorumluluk doğmaz¹³. Toplumun genelinin katlandığı külfetten daha ağır olan zarar, anormal ve özel zarar niteliğindedir¹⁴.

c. İdare Hukukunda Kusursuz Sorumluluk İlkeleri

Öğretide ve yargı kararlarında farklı yaklaşımlar ve farklı kavramlaştırmalar

⁹ René Chapus, Droit Administratif Général, 14.Baskı, Paris 2000, C.I, s.1309; Forges, age., 305.

¹⁰ Gaözübüyük/Tan, age., C.I, 688, C.II, s.685; Chapus, age., C.I, s.1344: “*La responsabilité pour faute passe avant la responsabilité sans faute*”.

¹¹ Danıştay Onuncu Dâiresi, E.1995/53, K.1996/1913, T.10.4.1996: “*...İdare Mahkemesince, davalı İdarenin tazmin sorumluluğu belirlenirken hem hizmet kusuru ilkesine, hem de kusursuz sorumluluk ilkesine dayanılmıştır. Oysa hem kusur, hem de kusursuz sorumluluk ilkesine dayanılarak idarenin tazmin sorumluluğuna gidilmesi mümkün değildir. Olayın oluşumu ve zararın niteliği irdelenip önce hizmet kusuru araştırılarak, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanıp uygulanamayacağı incelenmek suretiyle idarenin tazmin sorumluluğunun belirlenmesi gerekmektedir....*”. Aynı yönde bkz. Danıştay Onuncu Dairesi, E.1990/3737, K.1991/3762, T.12.12.1991, DD.84-85, s.779; Danıştay Onuncu Dairesi, E.1998/2828, K.1998/3479.

¹² Chapus, age., C.I, s.1337; Forges, age., s.281, 311.

¹³ Forges, age., s.281.

¹⁴ Chapus, age., C.I, s.1337; Forges, age., s.281.

olmakla beraber¹⁵ idare hukukunda genel olarak kusursuz sorumluluk “risk ilkesi gereğince sorumluluk” ve “kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi gereğince sorumluluk” şeklinde iki ilkeye dayandırılmaktadır¹⁶. Danıştay bazen bu ilkelerin bir kaçını birlikte kullanarak¹⁷, bazen de, bu ilkelerden hiç bahsetmeyerek doğrudan “kusursuz sorumluluk ilkesi” ya da “objektif sorumluluk esası” gereğince diyerek kararlar vermektedir¹⁸.

(a) Risk ilkesi gereğince sorumluluk: İdare hukuku öğretisinde risk sorumluluğu, idarenin tehlike taşıyan bir faaliyeti yürütmesi veya tehlikeli bir araç kullanması sonucu meydana gelen zararlardan sorumluluk¹⁹, idarenin tehlikeli bir etkinliği yürütmesi ya da böyle bir kuruluşa sâhip olmaktan dolayı kişilere verilen zararlardan sorumluluk²⁰ olarak ifade edilmektedir²¹. Buna göre idarenin öyle faaliyetleri vardır ki bünyesinde tehlikeler taşımaktadır. İdarenin yürüttüğü böyle bir faaliyetten dolayı bir zarar meydana gelmiş ise, idare bu zarardan kusursuz olarak sorumlu tutulur. Meselâ idarenin kullandığı ve bünyesinde belli bir tehlike barındıran araç-gereçler (eşya) ve tehlikeli maddeler yani “tehlikeli şeyler” (patlayıcılar; tehlikeli âlet ve silahlar; su, gaz, elektrik gibi bayındırlık tesisleri) idarenin kusursuz sorumluluğuna yol açabilir²².

(b) Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi gereğince sorumluluk: İdarenin faaliyeti herhangi bir risk taşımasa da, idarenin herhangi bir kusuru olmasa da, idarenin davranışı hukuka uygun olsa da

¹⁵ Ayrıntılar için bkz. Çağlayan, İdare Hukuku, s.644-646.

¹⁶ Günday, age., s.379, 3982; Atay, age., s.740, 751; Gözübüyük/Tan, age., s.688.

¹⁷ Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu, E.1960/177, K.1962/108, T.16.2.1962.

¹⁸ Danıştay Onuncu Dairesi, E.1996/3996, K.1997/2544, T.23.6.1997, DD.95, s.637; Danıştay Onikinci Dairesi, E.1966/2842, K.1968/1665, T.25.9.1968, Gözübüyük/Tan, age., C.II, s.688; Danıştay Onikinci Dairesi, E.1976/179, K.1977/1454, T.31.5.1977, DD.28-29, s.675: “...Kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında doğan zarar bu bakımdan idarenin hizmet kusuru aranmaksızın tazmin edilmesi objektif sorumluluk adı ile bilinen hukuk kaidesi gereğidir...”

¹⁹ Günday, age., s.379; Yayla, age., s.366.

²⁰ Gözübüyük/Tan, age., C.II, s.686.

²¹ Türk idare hukukunda risk sorumluluğu anlatılırken, Mecelle’de yer alan “*Mazarrat menfaat mukabelesindedir. Yani bir şeyin menfaatine nail olan onun mazarratına da mütehammil olur*” kuralına göndermede bulunularak, idare hukukundaki yansımasının kamu hizmetlerinin genel külfetleri dışında, kişilere özel bir külfet getirmesi durumunda, bunların İdare tarafından karşılanması şeklinde olduğu ifade edilmektedir. Onar, age., C.III, s.1710; Günday, age., s.330; Gözübüyük/Tan age., C.II, s.686.

²² Chapus, age., C.I, s.1311; Günday, age., s. 379; Yayla, age., s.366; Atay, age., s.741.

bazı şartların varlığında idarenin sorumluluğuna gidilebilmesine yönelik bir ilkedir. Anayasanın 10. maddesinde yer alan “eşitlik ilkesi” anayasal değer ve hukukun genel prensibi niteliğindedir²³. İdarenin sunduğu kamu hizmetlerinin külfeti bulunur. Mesela sokakta gerçekleştirilen altyapı çalışmalarının, malzeme ve işçi maliyeti, sokakta toz ya da çamur oluşması, mesafe uzaması gibi külfetleri bulunmaktadır. Bu külfetlere herkes kural olarak eşit şekilde katlanır. Ancak bazıları, herkesin katlandığı külfetten daha ağır ve anormal bir külfete (zarara) maruz kalabilir. İşte bu kişilerin zararlarının kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi gereğince tazmin edilmesi kabul edilmektedir. Bu bağlamda yol, köprü, tünel, altyapı, baraj gibi bayındırlık faaliyetlerinden kaynaklanan, kazaen değil de²⁴ daimî (*permanent*) nitelikteki anormal ve özel zararlar tazmin edilir. İdarenin yürüttüğü hukuka uygun bayındırlık faaliyeti sebebiyle oluşan manzara görünümünün kapanması, güneş alımının engellenmesi, gürültü, koku ve kirlilik gibi²⁵ sebeplerle taşınmazda değer düşüklüğü şeklindeki zararların; yine bayındırlık faaliyeti sebebiyle işyerinin müşteri kaybı şeklindeki zararların, yol mesafesinin uzamasından kaynaklanan zararların idare tarafından tazmin edilmesi gerektiği kabul edilmektedir²⁶.

Danıştay bir kararında bu husus şöyle ifade edilmektedir: “...*Kamu hizmetlerinin görülmesi sırasında genel külfetler dışında kişilere ve özel mülkiyete verilen zararların, eylem ile zararlı sonuç arasında nedensellik bağının bulunması koşuluyla, ayrıca idarenin kusuru aranmadan hizmet sahibi idarelerce karşılanması hukukun genel ilkeleri ve hakkâniyet ve nesafet kuralları gereğidir...*”²⁷.

²³ Anayasa Mahkemesi, E.1976/51, K.1977/16, T.10.3.1977, rg.25.6.1977-15977; Anayasa Mahkemesi, E.1985/25, K.1986/8, T.11.3.1986, AYMKD, Sy.22, s.79; Anayasa Mahkemesi, E.1985/31, K.1986/11, T.27.3.1986, AYMKD, Sy.22, s.115; Anayasa Mahkemesi, E.1986/16, K.1986/25, T.21.10.1986, AYMKD, Sy.22, s.278; Anayasa Mahkemesi, E.1986/11, K.1986/26, T.4.11.1986, RG.22.2.1987-19380.

²⁴ Bayındırlık faaliyetlerinden kaza eseri olarak ortaya çıkan zararlar “risk” ilkesi gereğince tazmin edilir.

²⁵ Pierre-Laurent Frier, Précis de Droit Administratif, 4.Baskı, Paris 1991, s.486.

²⁶ Chapus, age., C.I, s.1338; Forges, age., s.312; Chapus, age., C.II, s.669; Conseil d'État, 28 Juin 1972, *Soc. des gorges du Pont du Diable*, Chapus, age., C.II, s.669; Conseil d'État, 10 mars 1997, *Comm. de Lormont*, 1997, s.74, Chapus, age., C.II, s.669.

²⁷ Danıştay Onuncu Dairesi, E.1982/4042, K.1983/1823, T.5.10.1983; Aynı yönde kararlar: Danıştay Onikinci Dâiresi, E.1968/1296, K.1969/1401, T.8.7.1969, ESİN, Esas, s.180; Danıştay Onikinci Dairesi, E.1969/3710, K.1971/96, T.19.1.1971, ESİN, Esas, s.180-181; Danıştay Beşinci Dairesi, E.1988/1986, K.1991/594, T.27.3.1991, DD.82-83, s.398; Danıştay Onikinci Dairesi, E.1969/2562, K.1970/1739, T.22.9.1972, DD.2, s.323; Danıştay Altıncı Dairesi, E.1971/1805, K.1972/1031, T.14.3.1972, DD.8, s.187.

Yukarıda da işaret edildiği üzere, idare hukukunda idarenin kusursuz sorumluluğuna ilişkin “*risk ilkesi gereğince sorumluluk*” ve “*kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi gereğince sorumluluk*” olmak üzere iki ilkeye dayanılarak gidilmektedir. Anayasa Mahkemesinin kararına konu olan olayda idarenin içinde risk barındıran bir faaliyeti bulunmadığından risk ilkesi gereğince sorumluluk yoluna gidilemeyecektir. Bu durumda yürütülen hukuka uygun bayındırlık faaliyetinden kaynaklanan bir zarar olduğundan ve “*kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi gereğince sorumluluk*” söz konusu olacaktır. Bu açıklamalar doğrultusunda Anayasa Mahkemesi kararını değerlendirmeye çalışalım.

2. Anayasa Mahkemesi Kararı Hakkında Değerlendirmeler

“Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi” gereğince idarenin sorumluluğuna gidilebilmesi için; (a) idarenin hukuka uygun bir davranışı, (b) idarenin davranışından zarar meydana gelmesi, (c) meydana gelen zararın “anormal ve özel” olması şartlarının birlikte gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bu şartlar bakımından Anayasa Mahkemesi kararını değerlendireceğiz.

a. İdarenin Hukuka Uygun Davranışının Varlığı

İdare hukukunda, sorumluluğun birinci şartı, idareye atfedilebilir bir davranışın (işlem, eylem, sözleşme) bulunmasıdır. Hem idare mahkemesi hem de Anayasa Mahkemesi, karara konu olan olayda idarenin hukuka uygun bir şekilde yürüttüğü bayındırlık faaliyeti olduğunu tespit etmektedir. Anayasa mahkemesi bu hususu şöyle belirtmektedir: “*Başvuru konusu olayda, başvurucuya ait bağımsız bölümün bulunduğu binanın karşısına yıllara paralel olarak artan araç sayısının yol açtığı trafik sirkülasyonunu azaltmak, dolayısıyla trafik güvenliğini, can ve mal emniyetini sağlamak adına Reşadiye farklı seviyeli köprülü kavşağı inşa edilmiştir (p.38).*”

b. İdarenin Davranışından Kaynaklanan Zararın Varlığı

Sorumluluğun ikinci şartı, bir zararın meydana gelmiş olmasıdır. Hem idare mahkemesi hem de Anayasa Mahkemesi, karara konu olan olayda idarenin hukuka uygun bir şekilde yürüttüğü bayındırlık faaliyetinden kaynaklanan bir zararın bulunduğu tespiti yapılmaktadır.

İdare mahkemesi kararında bu husus şöyle belirtilmiştir: “*Aynı binanın farklı bağımsız bölümleri için yapılan bilirkişi incelemesi sonucu hazırlanan raporlarda; dava konusu bağımsız bölümün manzarasının kesilmediği, maruz*

kalacağı gürültü kirliliğinin bir miktar artacağı ve bu nedenle değerinin %10 oranında azalacağı belirlenmiştir”.

Anayasa Mahkemesi de şu şekilde belirleme yapmaktadır: “İlk derece mahkemesinin kararında, başvurunun taşınmazının bitişiğine köprülü kavşak yapılmış olmasının söz konusu bağımsız bölümün maruz kalacağı gürültü kirliliğinin artmasına yol açacağı ve bu durumun taşınmazın değerini yaklaşık %10 oranında azaltacağı tespit edilmiştir. Bu kavşağın kamu gücü tasarrufu çerçevesinde inşa edildiği de dikkate alındığında belirtilen şekilde taşınmazın değerinin azalmasına yol açılmasının mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiği açıktır” (p.31).

c. Zararın “Anormal ve Özel” Olması Gerekliliği

Kamu “kültetleri karşısında eşitlik ilkesi” gereğince idarenin sorumluluğuna gidilebilmesi için, zararın “anormal ve özel” olması gerekir. Başka bir ifadeyle, bu ilke kapsamında idarenin hukuka uygun davranışından kaynaklanan her zarar değil, ancak “anormal ve özel” olan zararlar tazmin edilir. Zararın “anormal ve özel oluşu”, herkesin katlandığı külfetten daha ağır bir zararın ortaya çıkması demektir.

(a) İdare Mahkemesi “Zararın Özel ve Anormal Olmadığına” Hükmetmiştir

Anayasa Mahkemesinin *Nazife Başkan* kararına konu olan kararı veren idare mahkemesi, “zararın anormal ve özel olmadığı”, buna bağlı olarak idarenin tazmin borcunun bulunmadığını belirtirken şunları söylemektedir:

-İddia edildiği gibi, yapılan kavşak sebebiyle başvurunun manzarasının kesilmiş değildir.

-Kavşak sebebiyle oluşan gürültü kirliliği sebebiyle başvurunun taşınmazının %10 oranında değer kaybettiği bilirkişi raporuyla sabittir.

-Meydana gelen bu zarar, aynı yol üzerinde bulunan bütün işyeri ve daire sahipleri için geçerli olup, başvurunun zararının diğer işyeri ve daire sahiplerinden farklı, özel ve olağan dışı bir nitelikte değildir. Yapılan viyadük nedeniyle oluşan genel külfetlere, kamu külfetlerindeki eşitlik ilkesi uyarınca herkesin katlanması gerekmektedir.

-Ayrıca yeni kavşak sayesinde ulaşımı rahatlayan yolun olanaklarından başvuru da yararlanacaktır. Bu bakımdan kamu külfeti olmaktan çıkan hizmetten yararlanan başvuru yönünden maddi zarar bulunmamaktadır.

(b) Anayasa Mahkemesi Kararında Zikredilen Kararlardaki Yaklaşımlar

Anayasa Mahkemesi, zararın anormal ve özel” olduğu yönündeki kararının gerekçesini oluştururken, idarî yargı yerlerinin konuya bakışını ortaya koymak için idarî yargı yerlerince benzer konularda verilen karar örneklerine de yer vermektedir (p.16-22). Benzer olaylara ilişkin olarak verilen bu kararlardan ikisinde “*anormal ve özel zarar yoktur*” yönünde, diğer beşinde ise “*anormal ve özel zarar vardır*” yönünde karar verildiği görülmektedir. Bu kararları kısaca aktarmakta fayda bulunmaktadır.

-Trabzon Bölge İdare Mahkemesinin 10/9/2015 tarihli ve E.2015/948,K.2015/1009 sayılı kararı (anormal ve özel zarar yoktur): Bu karara konu olan olayda, davacının taşınmazı önüne sonradan yapılan viyadük, davacının taşınmazının sahil ve anayola cephesi kapanmış ulaşımı ve kullanımını kısıtlanmıştır.

Mahkeme konunun teorik çerçevesi bakımından şu hususları ortaya koymaktadır:

- “*Kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanan bir zararın, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi uyarınca idarece karşılanabilmesi için, uğranıldığı ileri sürülen zararın kamu külfeti olmaktan çıkıp, hizmetten yararlananlar yönünden özel ve olağan dışı bir niteliğe dönüşmüş olması gerekir*”.

-“*Hizmetin doğal ve zorunlu bir sonucu olarak ortaya çıkan, hizmetten yararlananlar yönünden genel ve olağan nitelikteki bir külfetten kaynaklanan zararın, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi uyarınca idarece karşılanmasına olanak bulunmamaktadır*”.

-“*Davacının yeni kavşak sayesinde ulaşımı rahatlayan yolun olanaklarından hem konut hem de işyeri anlamında yararlanabilecektir*”.

Ulaşılan sonuç: “*Kamu külfeti olmaktan çıkan, hizmetten yararlanan davacı yönünden özel ve olağan dışı niteliğe dönüşen bir maddi zarar bulunmadığı sonucuna varılmıştır*”.

-Ankara Bölge İdare Mahkemesi 10. İdari Dava Dairesinin 20/12/2017 tarihli ve E.2017/1308,K.2017/1261 sayılı kararı (anormal ve özel zarar yoktur): Davaya konu olan olayda, davacının taşınmazının bulunduğu alanda idarece yapılan köprülü kavşak sebebiyle uğranılan değer kaybı şeklindeki

zararların tazmini talep edilmektedir.

Mahkeme konunun teorik çerçevesi bakımından şu hususları ortaya koymaktadır: “Köprülü kavşak nedeniyle davacının ulaşım sisteminden yararlanmasında olumsuzluk olmadığı gibi eskisi gibi kent içi yollardan hizmet alacağı, ayrıca binalar ile işyerlerinin manzarası, güneşlenmesi ve çevre kirliliği ile gürültü durumunda eskiye göre değişiklik olacağı söyleneme(z)”.

Ulaşılan sonuç: “Davacı açısından ‘idari faaliyet ile nedensellik bağı kurulabilen, özel ve olağan dışı zarar’ meydana gelmediğinin görüldüğü, bu kapsamda “kamu külfetleri karşısında eşitlik” ya da diğer adıyla “fedakârlığın denkleştirilmesi” yolu ile tazmin edilmesi gereken bir zarardan da bahsedilemeyeceği ve idarenin kusursuz sorumluluğuna başvurulamayacağı görüldüğünden açılan davanın reddi gerektiği”.

-Samsun Bölge İdare Mahkemesinin 28/1/2016 tarihli ve E.2015/2821,K.2016/168 sayılı kararı (anormal ve özel zarar vardır): Karara konu olan olayda, taşınmazın önünden geçen kısma isabet eden bölümde beton ayaklar üzerine inşa edilen köprülü kavşak yol yapımı nedeniyle değer kaybı şeklindeki zararın tazmini istenmektedir. Mahkeme “değer kaybı nedeniyle talep edilen 14.921,00-TL'nin 11.605,23-TL'lik kısmının 26.11.2014 tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalı tarafından davacıya ödenmesine” karar vermiştir.

-Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesinin 28/12/2016 tarihli ve E.2016/227,K.2016/601 sayılı kararı (anormal ve özel zarar vardır): Karara konu olan olayda; davacının taşınmazının bulunduğu alanda idarece yapılan köprülü kavşak sebebiyle uğranılan değer kaybı şeklindeki zararların tazmini talep edilmektedir.

Mahkeme konunun teorik çerçevesi bakımından şu hususları ortaya koymaktadır: “Kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanan bir zararın, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi uyarınca idarece karşılanabilmesi için, uğranıldığı ileri sürülen zararın kamu külfeti olmaktan çıkıp, hizmetten yararlananlar yönünden özel ve olağan dışı bir niteliğe dönüşmüş olması gerekir”.

Ulaşılan sonuç: “Söz konusu köprülü kavşak ve yol çalışmasının yalnızca çok az sayıda taşınmazın konum ve niteliğini etkilediği, başka bir anlatımla kamu yararı bulunan bu hizmetten dolayı davacının özel ve olağan dışı bir zararının söz konusu olduğu açıktır”.

-Danıştay Onuncu Dairesinin 4/11/2015 tarihli ve E.2012/2512, K.2015/4746 sayılı kararı (anormal ve özel zarar vardır): Karara konu olan olayda; davacının taşınmazının yanına kavşak ve üst geçit yapılmasından dolayı değer kaybından kaynaklanan zararın tazmini talep edilmektedir.

Mahkeme konunun teorik çerçevesi bakımından şu hususları ortaya koymaktadır:

-“Kusursuz sorumluluk, kamu hizmetinin görülmesi sırasında kişilerin uğradıkları özel ve olağan dışı zararların idarece tazmini esasına dayanmakta olup; kusur sorumluluğuna oranla ikincil derecede bir sorumluluk türüdür”.

-“Kusursuz sorumluluk sebeplerinden olan “kamu külfetleri karşısında eşitlik” ya da diğer adıyla “fedakârlığın denkleştirilmesi” ilkesi, nimetlerinden tüm toplum tarafından yararlanan idarenin eylem ve işlemlerinden doğan külfetlerin, sadece belli kişi veya kişilerin üstünde kalması durumunda, bu kişi veya kişilerin uğradığı zararların, kusuru olmasa dahi idarece, tazminini öngörmektedir”.

Ulaşılan sonuç: *“Kavşak ve üst geçit yapımı sonrasında davacılara ait taşınmazın değer yitirdiği ve oluşan maddi zararın kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca davalı idarece karşılanması gerektiği”.*

-Danıştay Onuncu Dairesinin 15/3/2016 tarihli ve E.2013/6827, K.2016/1402 sayılı kararı (anormal ve özel zarar vardır): Davaya konu olan olayda, davacının taşınmazı yanına idarece inşa edilen köprülü kavşak ve üst geçit sebebiyle uğranılan değer kaybının tazmini talep edilmektedir.

Mahkeme konunun teorik çerçevesi bakımından şu hususları ortaya koymaktadır: *“Kusursuz sorumluluk türlerinden birisi de, kimilerince kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi olarak da adlandırılan fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesidir”.*

Ulaşılan sonuç: *“Dava konusu olayın bu ilke çerçevesinde değerlendirilerek idarenin tazmin sorumluluğuna hükmedilmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır”.*

Danıştay Onuncu Dairesinin 22/5/2017 tarihli ve E.2014/5034, K.2017/2518 sayılı kararı(anormal ve özel zarar vardır): Davaya konu olan olayda, davacının taşınmazı yanına idarece inşa edilen köprülü kavşak ve üst geçit sebebiyle uğranılan değer kaybının tazmini talep edilmektedir.

Mahkeme konunun teorik çerçevesi bakımından şu hususları ortaya

koymaktadır:

-“İdarenin kusursuz sorumluluğu, kamu hizmetinin görülmesi sırasında kişilerin uğradıkları özel ve olağan dışı zararların idarece tazmini esasına dayanmakta olup; kusur sorumluluğuna oranla ikincil derecede bir sorumluluk türüdür”.

-“Kusursuz sorumluluk sebeplerinden olan “kamu külfetleri karşısında eşitlik” ya da diğer adıyla “fedakârlığın denkleştirilmesi” ilkesi, nimetlerinden tüm toplum tarafından yararlanan idarenin eylem ve işlemlerinden doğan külfetlerin, sadece belli kişi veya kişilerin üstünde kalması durumunda, bu kişi veya kişilerin uğradığı zararların, kusuru olmasa dahi idarece tazminini öngörmektedir”.

Ulaşılan sonuç: “Davalı idarece yapılmış olan katlı yol inşaatı sonrasında davacıya ait bağımsız bölümün değer yitirdiği ve oluşan maddi zararın kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca davalı idarece karşılanması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır”.

(c) Anayasa Mahkemesi “Zararın Anormal ve Özel Olduğuna” Hükmetmiştir

Anayasa Mahkemesi *Nazife Başkan* kararına konu olan olayda, zararın anormal ve özel olduğu” ve tazmin edilmesi gerektiği sonucuna ulaşırken şöyle bir hukukî mantıkla hareket etmektedir.

-Bu olayda başvuru mülk (taşınmaz mal) sahibidir. Mülkiyet hakkı Anayasada yer alan temel haklardandır.

-Devlet mülkiyet hakkını korumakla mükelleftir. Devlet, sadece mülkiyete müdahale etmemekle bu mükellefiyetini yerine getirmiş olamaz. Gerektiğinde mülkiyetin korunması için pozitif yükümlülükleri de yerine getirmek ve gerekli tedbirleri almak durumundadır.

-Bu olayda “mülkiyete müdahale” bulunmaktadır. Ancak burada “mülkiyetten yoksun bırakma” değil “mülkiyetten barışçıl yararlanma hakkına” müdahale söz konusudur. Zira kamu gücü kullanılarak yapılan köprülülük kavşak sebebiyle başvuru mülkünde değer kaybı şeklinde bir zarar meydana gelmiştir.

-Bu olaydaki mülkiyete müdahale, meşru bir müdahaledir. İdarenin müdahalesi, trafiğin düzenlenmesi maksadıyla yeni yol, kavşak, köprü gibi inşaat çalışmalarının kamu hizmetlerinin sürekliliği ve artan ihtiyaçların

karşlanması şeklindeki kamu yararına yönelen meşru bir amaca yöneliktir.

-Oluşan zarar, genel kamu külfetlerini aşan (anormal ve özel) niteliktedir. Başvurucunun kavşak yakınında taşınmazı bulunmayan ve yalnızca kavşağı kullanan kişiler ile eşit şekilde külfet altına sokulduğundan bahsetmek de mümkün değildir. Dolayısıyla başvurucunun diğer taşınmaz maliklerine oranla **daha ağır bir külfet** altına sokulduğunun göz önünde tutulması gerekir. Söz konusu idari eylemle başvurucunun taşınmazında böyle bir zarara yol açıldığı ortada olduğuna göre mülkiyet hakkının korunmasının devlete yüklediği pozitif yükümlülükler çerçevesinde *eski hâle getirme* kuralı kapsamında bu zararın giderilmesi gerekir. Aksi takdirde yani İdarenin salt kusurlu olup olmadığına göre sorumluluğun belirlenmesi veya söz konusu külfete bütünüyle mülk sahibinin katlanması sonucuna varılması başvurucuya şahsi olarak yüklenen külfeti olağan dışı bir biçimde arttırır. Devlete mülkiyet hakkının yüklediği pozitif yükümlülüklerin somut olay bağlamında yerine getirilmediği kanaatine varılmıştır.

SONUÇ DEĞERLENDİRMELERİ

Buraya kadarki açıklamalar doğrultusunda genel değerlendirmeler olarak şu hususları belirtebiliriz.

1. Hukuka uygun bayındırlık faaliyetlerinin manzaranın kapanması, güneş alımının engellenmesi, gürültü kirliliğine yol açması gibi durumlarla taşınmazda değer düşüklüğüne yol açması durumunda, zarar görene tazminat ödenip ödenmeyeceği konusunda idarî yargı yerleri çelişik kararlar verebilmektedir. Anayasa Mahkemesi kararında, idarî yargı yerlerinin farklı yöndeki kararlarından örnekler verilerek, idarî yargıda içtihat istikrarının sağlanmasının amaçladığını düşünmekteyiz.

2. İdarenin kusursuz sorumluluğunda başvuru olan “kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi”, kamu yararına yürütülen faaliyetlerin külfetine herkesin eşit şekilde katlanmasını, herkesten daha fazla külfete katlanmak zorunda olanların zararlarının tazmin edilmesi gerektiğine yönelik bir ilkedir. Bu ilke gereğince, kamu yararına faaliyetten kaynaklanan her külfet (zarar) değil, herkesin katlanmak zorunda olduğu külfetten daha ağır zararlar tazmin edilir. Buna idare hukukunda “*anormal ve özel zarar*” denilmektedir.

3. Anayasa Mahkemesinin *Nazife Başkan* kararına konu olan olayda, idarenin kamu yararına yönelik yaptığı köprülü kavşak nedeniyle uğranılan ve taşınmazda değer düşüklüğü şeklindeki zararın tazmini talep edilmektedir.

İdarî yargı yeri, değer düşüklüğü olduğunu kabul etmekle beraber, bu zararın kamu yararına yönelik faaliyetin herkesçe katlanılması gereken genel külfeti içinde değerlendirmektedir. Başka bir ifadeyle söz konusu zararın “*anormal ve özel*” olmadığını söylemektedir. Öte yandan kavşağın sağladığı imkânlardan davacının da yararlandığını ifade ederek tazmine gerek olmadığına karar vermektedir.

Anayasa Mahkemesi ise, bu zararın kamu yararına yönelik faaliyetin herkesçe katlanılması gereken genel külfeti içinde değerlendirilemeyeceğine, yani söz konusu zararın “*anormal ve özel*” nitelikte olduğuna hükmetmektedir.

Burada asıl üzerinde durulması gereken husus, hangi külfetin “genel”, hangisinin “*anormal ve özel*” olduğunun tespitidir. Bu belirlemeye ilişkin olarak ne idarî yargı yerleri ne de Anayasa Mahkemesi tatmin edici açıklamalara yer vermektedir.

Kamu yararına bir faaliyetin, herkesçe katlanılması gereken genel külfetleri ile “*anormal ve özel*” külfetlerini ayırmak konusunda şunları söyleyebiliriz. Somut olay üzerinden bakacak olursak; hukuka uygun ve kamu yararına yönelik bir faaliyet olan köprülü kavşak yapılmaktadır. Bu faaliyetin herkesçe katlanılması gereken külfetleri şunlar olabilir: (a) faaliyetin finansmanı, (b) inşaat sırasında oluşan toz, çamur, gürültü gibi durumlar, (c) inşaat sırasında oluşan trafik sıkışıklığı, (d) inşaat esnasında oluşacak mesafe uzamaları (e) kavşak sebebiyle fazla araç geçişi sonucunda oluşacak gürültü ve hava kirliliği gibi durumlar genel külfetleri oluşturur. Bu külfetler sebebiyle idarenin tazmin sorumluluğuna gidilemez. Zira köprülü kavşağın nimetlerinden herkes yararlanacağına göre, yukarıda sayılan külfetlere de herkes katlanmak zorundadır.

Söz konusu kamu yararına yönelik faaliyet manzaranın kapanması, güneş alımının engellenmesi, gürültü kirliliğine yol açması gibi durumlarla taşınmazda ciddi değer düşüklüğüne yol açması ise, genel külfet olarak nitelendirilemez. Bu zarar, kamu yararına yürütülen bayındırlık faaliyetinden kaynaklanan “*anormal ve özel zarar*” niteliğinde olup, “kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi” idarece tazmin edilmesi gerekir.

KAYNAKÇA

- AKYILMAZ Bahtiyar/SEZGİNER Murat/KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, 11.Baskı, Ankara 2019.
- ATAY Ender Ethem, İdare Hukuku, 2.Baskı, Ankara 2009.
- CHAPUS René, Droit Administratif Général, 14.Baskı, C.1, Paris 2000.
- CHAPUS René, Droit Administratif Général, 15.Baskı, C.II, Paris 2001.
- ÇAĞLAYAN Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, 9.Baskı, Ankara 2021.
- FRIER Pierre-Laurent, Précis de Droit Administratif, 4.Baskı, Paris 1991.
- FORGES Jean-Michel de, Droit Administratif, Paris 1998.
- GÖZÜBÜYÜK A. Şeref/TAN Turgut, İdare Hukuku, C.1-Genel Esaslar, 2.Baskı, Ankara 2001.
- GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, 11.Baskı, Ankara 2011.
- LAUBADÈRE André de/VENEZİA Jean-Claude/GAUDEMET Yves, Traité de Droit Administratif, 15.Baskı, C.I, Paris 1999.
- ONAR Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.I, II, III, İstanbul 1966.
- RİVERO Jean/WALİNE Jean, Droit Administratif, 17.Baskı, 1998.
- SARICA Ragıp, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, İÜHFİM-1949, C.XV, s.858.
- YAYLA, Yıldızhan, İdare Hukuku, İstanbul 2009.

**YARGITAY HUKUK GENEL KURULUNUN “YÖNETİM
KURULUNDA TEMSİL EDİLME İMTİYAZI” HAKKINDAKİ
2020/1013 SAYILI KARARI* ÜZERİNE DEĞERLENDİRMELER**

***Evaluations On The Decision Numbered 2020/1013 Of The General
Assembly Of Civil Chambers Of The Court Of Cassation On The
“Privilege Of Representation In The Board Of Directors”***

Mehmet ÖZDAMAR**

Halil Doğan KÜÇÜKAYDIN***

Özet

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK) 09.12.2020 tarih, 2017/11-140 Esas ve 2020/1013 Karar sayılı kararında, şirketin kurucu ortaklarına 21 yıl süreyle yönetim kurulunda temsil edilme hakkı veren esas sözleşme hükmünün “imtiyazın paya tanınması” ilkesi karşısında imtiyaz değil; ancak “sözleşmesel hak” olabileceği, anılan hakkın yalnızca ilgililerin muvafakati ile sınırlandırılabilirliği veya kaldırılabilirliği, buna aykırı olarak hakkı ortadan kaldıran esas sözleşme hükmünün iptalinin, genel kurul kararlarının iptaline ilişkin eTTK m. 381 hükmünde belirtilen koşullara tabi olunmaksızın, talep edilebileceği sonucuna ulaşarak, bu konudaki yerel mahkemenin direnme kararını bozmuş ve II. Hukuk Dairesinin kararındaki görüşüne iştirak etmiştir. Çalışmamızda söz konusu karar konuya ilişkin öğreti görüşleri dikkate alınarak değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: *imtiyaz, pay, sözleşmesel hak, anonim şirket, ortak*

* Söz konusu karara ilişkin yargılama halen devam etmekle beraber, nihai karar makamı olan Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun meseleye ilişkin karar vermiş olması ve ilk derece mahkemesinin de söz konusu karara uyması sonucunda fiilen kesinleşmiş bir karar inceleme konusu yapılmıştır.

** Prof. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, **e-posta:** mehmetozdamar@hvbv.edu.tr., **ORCID:** 0000-0001-9845-0779

*** Arş. Gör. Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı/Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi/Ankara **e-posta:** halildogan.kucukaydin@gop.edu.tr
ORCID: 0000-0001-9066-6978

Abstract

The General Assembly of Civil Chambers of The Court of Cassation, in decision 2017/11-140 Nr. 2020/1013 of 9/12/2020 precipitated that the prime covenant that provides company's cofounders the right to be represented in board of directors for 21 years could only be a “conventional right” and not a concession over the “granting privilege” principal, the aforementioned right could only be limited or annuled by the concurrence of the concerned, in defiance of that, the avoidance of the prime covenant that abates the right could be requested without being liable to the provisions stated in eTTK m.381 decree on the avoidance of general assembly resolutions, therefore reversed the district court's decision of persistence on this and contributed to the dictum of 11th Civil Chamber. In this studying, aforementioned dictum has been evaluated considering the doctrine's standpoint in regards to the subject.

Keywords: *privilege, stock, conventional right, joint stock company, shareholder*

I. UYUŞMAZLIK KONUSU OLAY

Davalı AŞ. (bundan sonra **Davalı** olarak anılacaktır) esas sözleşmesinde davacı küçük pay sahibi olan Vakfına (bundan sonra **Davacı** olarak anılacaktır) 21 yıl süreyle yönetim kurulunda üye bulundurma hakkı verilmiştir. Şirketin 07.08.2009 tarihli olağan genel kurul toplantısında, esas sözleşmenin 7'nci maddesi tadil edilerek yeni bir yönetim kurulu yapısı düzenlenmiş ve Davacı Vakfın sahip olduğu söz konusu imtiyaz kaldırılmıştır. Bu bağlamda Davacı Şirketin esas sözleşmesinin geçici 5'inci maddesindeki, “Genel kurul kararına binaen ..., ..., ..., ve'ın yönetim kurulunda birer üye ile temsil hakları, işbu genel kurul kararının tescilinden itibaren 21 yıl süre ile saklıdır” şeklindeki hüküm çıkarılmıştır.

Bahse konu olağan genel kurul toplantısından sonra Davalı şirketin yönetim kurulunun yeni düzene göre oluşturulması amacıyla iki adet olağanüstü genel kurul yapılmış ve yeni yönetim kurulu tesis edilmiştir. Davacı taraf genel kurulda alınan karara karşı açtığı davada, esas sözleşme ile kendisine tanınan imtiyazın ortadan kaldırılması sebebiyle hem ilgili genel kurul kararının hem de sonrasında yapılan iki olağanüstü genel kurul toplantısında alınan kararların yokluğunun tespiti ve iptalini talep etmiştir.

A. İLK DERECE MAHKEMESİNİN KARARI

Ankara 9. Asliye Ticaret Mahkemesinin 2009/674 Esas, 2011/320 sayılı ve 08.09.2011 tarihli konuya ilişkin vermiş olduğu kararında,

“... Davacı iddiasının iptali ve yoklukla malul olduğunu bildirdiği genel kurul kararlarının iptali istemine dayanak yaptığı 2009 yılı genel kurul kararı ve geçici maddesinin davacı yana TTK'nun 339. maddesi hükmünde anılan imtiyazlı paydan kaynaklı hak ve yetkileri tanımadığı, söz konusu esas sözleşmede imtiyazın paya değil doğrudan ortağa tanındığı, kural olarak anonim şirketlerde imtiyazın paya bağlanma zorunluluğunun yasanın 401. maddesinde açıkça belirtildiği ve yine aynı yasanın 300/2-b.5 madde hükmü ile de tescil ve ilanının gerektiği göz önüne alınarak paya bağlanan bir imtiyazın varlığı kanıtlanamadığından davacının davalılar aleyhine açtığı genel kurul kararının iptali ve ticaret sicilinden terkinin davasının reddine karar verilmesi gerekmıştır.” şeklinde hüküm kurulmuştur.

B. YÜKSEK MAHKEMENİN KARARI

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin Davacı tarafın temyiz başvurusu üzerine verdiği 2011/15478 Esas, 2013/2491 karar ve 13.02.2013 tarihli kararında,

“...Mahkemenin de kabulünde olduğu üzere imtiyazın “pay”a bağlanması, yani üstünlüğün “pay”a tanınmış olması icap eder. Paya değil de “kişi”ye veya “sıfat”a veya “makam”a bağlanan haklar, üstünlükler ve imkanlar, 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre imtiyaz değildir. Mesela pay sahibi (A)'ya ömür boyu murahhas üyelik taniyan veya veto hakkı veren esas sözleşme hükümleri -geçerli oldukları sonucuna varılan durumlarda- imtiyaz olarak nitelendirilemezler. Çünkü üstün hak tanınan “pay” veya “paylar” değil, pay sahibi (A)'dır. Bu tür haklar “akdi hak”lar diye anılır ve genel hükümler çerçevesinde değerlendirilir ve sözleşmenin taraflarca karşılıklı olarak anlaşmak suretiyle değiştirilmesi mümkündür.

Somut olayda; davalı şirketin, 31/08/2006 tarihinde yapılan 2005 yılı olağan genel kurul toplantısında alınan ana sözleşme değişikliği kararıyla ve ana sözleşmeye eklenen geçici 5. maddenin “genel kurul kararına binaen ..., ..., ... ve ...'nin yönetim kurulunda birer üye ile temsil hakları, iş bu genel kurul kararının tescilinde itibaren 21 yıl süre ile saklıdır.” hükmüyle davacıya 21 müddetle yönetim kurulunda bir üye bulundurma hakkı tanınmıştır. Her ne kadar yukarıda belirtildiği üzere imtiyazın paya tanınması söz konusu ise de ana sözleşme değişikliğiyle birlikte davacıya tanınan bu hak bir imtiyaz hakkı olmayıp sözleşmesel bir haktır. Sözleşmesel bir hakkı hak sahibinin izni olmadan ortadan kaldırılması da mümkün değildir. Mahkemece davacıya tanınan hakkın sözleşmesel bir hak olduğu kabul edilerek davacının davadaki taleplerinin buna göre değerlendirilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle davanın

reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün temyiz eden davacı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir.”

C. İLK DERECE MAHKEMESİNİN DİRENME KARARI

Ankara 9. Asliye Ticaret Mahkemesinin 2013/688 Esas, 2015/408 Karar ve 23.06.2015 tarihli direnme kararında,

“... Tüm dosya kapsamından, davalı Şirketin, anonim şirket ve davacının şirket ortağı olduğu; davalı şirketin 31/08/2006 tarihinde yapılan 2005 yılı olağan genel kurul toplantısında alınan ana sözleşme değişikliği kararıyla ve ana sözleşmeye eklenen geçici 5. maddenin “genel kurul kararına binaen ..., ..., ... ve ...’nin yönetim kurulunda birer üye ile temsil hakları, işbu genel kurul kararının tescilinden itibaren 21 yıl süre ile saklıdır” hükmüyle davacıya 21 yıl müddetle yönetim kurulunda bir üye bulundurma hakkı tanındığı; 07.08.2009 tarihli olağan genel kurul kararı ile geçici 5. maddenin yürürlükten kaldırıldığı gibi davalı şirket ana sözleşmesinin 7. maddesinin değiştirildiği ve “Şirket yönetim kurulu 9 üyeden oluşur. Bu üyelerden 4 üye, şirket ortağı ...’nin sahip olduğu paylara, bu ana sözleşme maddesi gereğince tanınan imtiyaz ile pay sahibi ...’nin göstereceği adaylar arasından; kalan 5 üye ise, şirket ortağı ...’nin sahip olduğu paylara bu ana sözleşme maddesi gereğince tanınan imtiyaz ile pay sahibi ...’nin göstereceği adaylar arasından şirket genel kurulunca seçilir...” hükmünün getirildiği; davacının, 07.08.2009 tarihli genel kurula katılmadığı hâlde butlana dayanarak iptalini istediği ve diğer genel kurul kararlarını ise ilk genel kurul kararının butlanına dayanarak iptalini talep ettiği, belirgindir.

Genel kurul kararlarının, verildiği tarih itibariyle eski TTK hükümlerine tabi olduğu açıktır.

Konuyu düzenleyen eski TTK m. 401’de; “esas mukavele ile bazı nev’i hisse senetlerine kâr payı veya tasfiye hâlinde şirket mevcudunun dağıtılması ve sair, hususlarda imtiyaz hakları tanınabilir” denilmektedir.

Gerek doktrin ve gerekse Yargıtay’ın yerleşik içtihatlarında genel kabul gördüğü üzere; imtiyazın pay senedine değil paya bağlı olduğudur. İmtiyazlı payın, ayrıcalıklı ve üstün haklar sağlayan paylar olduğu konusunda ittifak bulunmaktadır. Esas itibariyle, diğer paylardan farklı haklara sahip olan paylar imtiyazlı pay olarak vasıflandırılırlar.

Keza, imtiyazın esas sözleşmede öngörülmesi zorunluluğu bulunduğu gibi, hangi payı kapsadığının, konusunun yani imtiyazın hangi pay sahipliği

hakkına ilişkin olduğunun, varsa süresi ve şartlarının tam ve şüpheye mahal vermeyecek şekilde belirtiliyor olması da gerekmektedir. Eğer, imtiyaza konu payların hangi paylar olduğu belirli değilse imtiyazdan söz edilmeyecektir.

Yukarıda yapılan genel açıklamalar doğrultusunda eski TTK hükümleri uyarınca davacı şirkete yönetimde temsil hakkı verilmesinin; paya bağlı olmaması ve belirli olmaması kriterlerine göre “imtiyazlı pay” sayılmayacağı düşünülmüş ve bu kabule bağlı olarak bozma öncesi hüküm kurulmuştur.

Esasen Yüksek Yargıtay 11 Hukuk Dairesi bozma ilâmında; “Mahkemenin de kabulünde olduğu üzere imtiyazın “pay”a bağlanmak, yani üstünlüğün “pay”a tanınmış olması icap eder. Paya değil de “kişi”ye veya “sıfat”a veya “makam”a bağlanan haklar, üstünlükler ve imkanlar, 6762 sayılı TTK’ya göre imtiyaz değildir.” demek sureliyle davacıya tanınan hakkın imtiyaz olmadığını kabul etmiştir.

Mahkememiz ile Yüksek Daire arasında görüş farklılığı, sözleşmesel veya akdi hakların genel kurul kararı ile değiştirilmesinin mümkün olup olmadığı, noktasında toplanmaktadır....

Genellikle, azınlık haklarını çoğunluk karşısında dengelemek amacıyla kullanılan imtiyaz hakkının doğal sonucu özel korumadan yararlandırılmasıdır. Bu özel koruma ise, imtiyazların ihlâl edilmesi sonucunu doğuran genel kurul kararlarının uygulanabilmesi için imtiyazlı pay sahipleri onayının ön şart olarak aranmasında görülmektedir. Payların dışında gerçek ve tüzel kişilere üstün hak tanınması imtiyaz değildir. Bunlar ancak sözleşmesel (akdi) hak doğururlar. Anonim ortaklık esas sözleşmesinde bulunmamasına rağmen, genel kurulca bazı pay sahiplerine üstünlük tanınmışsa bunlar TTK m. 401 anlamında imtiyaz değildir. Bu üstünlükler ancak hakkın suiistimalini teşkil etmiyorlarsa tanındıkları kişiler lehine akdi mahiyeti haiz birer üstünlük sayılırlar. Bu sebeple bu tip üstünlüklere sahip olan pay sahipleri TTK m. 389 ve TTK m. 391’deki imtiyazlı pay sahiplerini koruyan hükümlerden yararlanamazlar. Aynı şekilde bu pay sahiplerinin TTK m. 401’e girmedikleri için özel kurullar oluşturmaları ve kendilerini ilgilendiren kararlarda onay vermeleri söz konusu olamaz. Bu tip paylar; üstünlüklerinin genel kurulca ihlâli hâlinde ancak genel hükümlere dayanarak korunma talep etme hakkına sahiptirler.

Doktrindeki baskın görüş sözleşmesel (akdi) hakların, ihlâli halinde genel hükümler çerçevesinde korunması yönünde iken sayın Yüksek Daire “Sözleşmesel bir hakkın hak sahibinin izni olmadan ortadan kaldırılması

mümkün değildir.” gerekçesini bozma ilâmına dayanak yapmıştır.

Bir an için Yüksek Daire’nin kabulü doğrultusunda hüküm kurulduğu düşünüldüğünde; akdî hakların imtiyazlı haklardan daha üstün statüye çıkarıldığı; zira, imtiyazlı hakların, “imtiyazlı paylar kurulunda alınacak kararlar değiştirilmesi mümkün iken, “akdî hakların” ilgilinin onamı olmadan değiştirilemeyeceği gibi bir çelişki ile karşılaşılması sonucunu doğuracaktır ki, Yasa koyucunun bunu amaçladığı, herhalde ileri sürülemez.

Esasen Yüksek Daire’nin bozma ilâmında atıf yaptığı Tekinalp/Poroy/Çamoğlu Ortaklıklar Hukuku Kitabının 479. sayfasında Yargıtay 11. HD’nin 25.12.1987 tarih ve 3565/7565 K. sayılı ilâmının dayanak gösterildiği görülmüş; anılan ilâm araştırdığında, 11 H.D’nin 25.12.1987 tarihli 1987/3565 E. ve 1987/7565 sayılı kararında imtiyazın paya bağlanacağı hususuna şu şekilde değinildiği belirlenmiştir; “... anonim ortaklıklarda bazı paylara imtiyaz tanınabilir (TTK m. 401) . Bu imtiyaz, payın dışında sadece ortağa ismen tanınmışsa, bu haklar imtiyaz değildir. Somut olayda ise, davacı Genel-İş Sendikasının sahip olduğu %16 oranındaki paylara değil, ismen Genel- İş Sendikasına yönetim kuruluna seçilmek üzere aday göstermek hakkı tanınmıştır. Davacıya tanınan bu haklar imtiyaz olmadığı için TTK’nun 401. ve imtiyaz ile ilgili hükümleri bu davada uygulanamaz. Davacı ortaklığa ana sözleşme ile tanınan bu kişisel haklar, ancak karşılıklı muvafakat ile değiştirilebilir veya tamamen kaldırılabilir. Bu değişiklik için Türk Ticaret Kanunu’nun getirdiği ilkeler değil, Borçlar Kanunu’nun öngördüğü kurallar uygulanır...” denildiği, gözlemlenmiştir. Dolayısıyla, Yargıtay özel Dairesi’nin bozma ilâmına dayanak alınan doktrindeki görüşün temelindeki içtihat da değişiklik için Borçlar Kanunu’nun öngördüğü kuralların uygulanacağı, belirtilmektedir.

Bilinmektedir ki, akdî haklar tek taraflı irade beyanı ile her zaman sonlandırılabilirler. Sözleşmenin haklı yahut haksız feshine bağlı olarak tazminat ve diğer talep ve dava haklarının genel hükümler doğrultusunda kullanılması mümkündür. Sözleşmeden doğan hakka dayalı olarak, sözleşmenin tarafının kabulü olmadan, sözleşmenin sona erdirilemeyeceği ileri sürülemez. Dolayısıyla, akdî hakkın şirket genel kurullarınca değiştirilmesi mümkündür. İlgilinin, genel hükümler doğrultusunda talep ve dava hakları ise bu davanın konusu değildir.

Sonuç olarak gerek Mahkememiz ve gerekse Yüksek Yargıtay’ın Özel Dairesi, imtiyazın “pay”a bağlanması, yani üstünlüğün “pay”a tanınmış

olmasını aradığı; paya değil de “kişi”ye veya “sıfat”a veya “makam”a bağlanan hakların, üstünlüklerin ve imkanların, 6762 sayılı TTK’ya göre imtiyaz olmadığını, kabul etmektedir. O halde, ana sözleşme değişikliğiyle birlikte davacıya tanınan hak, bir imtiyaz hakkı olmayıp sözleşmesel bir haktır. Sözleşmesel (akdi) haklar ile tek taraflı irâde beyanı ile sonlandırılabilirler. Aksi halde imtiyazlı haktan daha üstün statü tanınmış olur. Somut olayda da genel kurul kararı ile ana sözleşme değişikliğine gidilmiş olduğundan, sözleşmesel hakkın ihlali söz konusu değildir. Davacının, olası hak taleplerini genel hükümler (Borçlar Kanunu) çerçevesinde sözleşme taraftarlarına karşı ileri sürmesi her zaman mümkündür. Bu nedenle, Mahkememizin önceki kararında direnilmesi gerektiği vicdani kanaat ve sonucuna ulaşılmış, dava konusu genel kurul kararlarının iptaline ilişkin davanın reddi, gerekmiştir.”.

D. HUKUK GENEL KURULUNUN KARARI

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 2017/11-140 Esas, 2020/1013 Karar ve 09.12.2020 tarihli kararında,

“...Bilindiği üzere, dava tarihinde yürürlükte bulunan ve somut olaya uygulanması gereken mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda (6762 sayılı TTK) esas sözleşme, anonim şirketin temel düzenini oluşturan, ortaklığın iç ve dış ilişkileri ile pay sahiplerinin ortaklığa ve birbirlerine karşı hak, yetki ve yükümlülüklerini düzenleyen, şekle tâbi, katılıma açık (iltihaki) çok taraflı bir sözleşmeyi ifade etmektedir. Anonim şirketin tüzel kişi olarak organları, ehliyetinin sınırları, sermayesi, payları ve pay senetleri, pay sahipleri ve üçüncü kişiler ile ilişkileri, pay sahiplerinin ortaklığa ve birbirlerine karşı hak, yetki ve yükümlülükleri ve ortaklığın sona ermesi kanunların emredici hükümleri çerçevesinde esas sözleşme ile belirlenir. Bu özellikleri ile esas sözleşme, şirketin organlarını, pay sahiplerini ve şirketin tüzel kişilik kazanmasıyla objektif nitelik kazanan hükümleriyle üçüncü kişileri bağlamaktadır.

Esas sözleşmede yer almaları herhâlde zorunlu olan kayıtlar 6762 sayılı TTK’nin 279, maddesinde belirtilmiştir. Bu tür kayıtlar anılan maddede sayılanlardan ibaret olmayıp 6762 sayılı TTK’nin diğer bazı maddelerinde de başkaca zorunlu kayıtlara yer verilmiştir. Öte yandan bazı anonim şirket türlerini düzenleyen diğer özel kanunlarda da ilgili anonim şirketlerin esas sözleşmelerinde yer alması zorunlu başkaca kayıtlar da öngörülmüştür.

Esas sözleşmede, zorunlu kayıtlar yanında, emredici hükümlere, ahlâka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı veya imkânsız olmamak koşuluyla gereksinim duyulan ihtiyari kayıtlara da yer verilebilir. Bu düzenlemeler 6762

sayılı TTK ve diğer özel kanunların emredici olan veya olmayan hükümlerini tamamlar veya emredici olmayan hükümlerini değiştirir nitelikte yahut özel düzenleme şeklinde olabilirler. Uygulamada ihtiyari kayıtların önemli bir bölümünü pay sahipleri ile üçüncü kişiler lehine anonim şirkete karşı ve pay sahipleri arasında birbirlerine karşı talep (alacak) hakları ihdas eden ve borçlar hukuku sözleşmeleri niteliğinde olan düzenlemeler oluşturmaktadır.

Esas sözleşmede yer alan tüm zorunlu ve ihtiyari kayıtlar, salt tüzel kişiyi ve onun temel düzenini oluşturan hükümler; tüzel kişinin pay sahipleri ve üçüncü kişilerle ve pay sahiplerinin birbirleri ile olan ilişkilerini düzenleyen hükümler olarak iki gruba ayırmak mümkündür. Özellikle esas sözleşmenin tüzel kişinin pay sahipleri ve üçüncü kişilerle ve pay sahiplerinin birbirleri ile olan ilişkilerini düzenleyen hükümlerinin bir bölümü oy hakkı, kâr payı hakkı gibi konularda imtiyazlı paylar ihdasına ilişkin pay sahipliği hakları oluştururken, diğer bir bölümü de şirketin mevcut bir işletme veya bazı ayınları devralması; kurucular ve şirketle ilgili diğer kimseler lehine intifa hakları (senetleri) ihdası; yönetim kuruluna aday gösterilmesi; kuruculara, yönetim kurulu üyelerine ve diğer kimselere ortaklık kazancından pay verilmesi; satışa çıkarılan şirket paylarını satmaları hususunda pay sahiplerine öncelik hakkı tanınması gibi şirkete karşı veya pay sahipleri arasında talep (alacak) hakkı ihdas eden hükümlerdir.

Görüldüğü üzere esas sözleşme ile tanınan hakların bir kısmı paya tanındığı için imtiyaz niteliğindedir. Özellikle pay sahipleri ile üçüncü kişiler lehine anonim şirkete karşı ve pay sahipleri arasında birbirlerine karşı talep (alacak) hakları ihdas eden haklar ise paya bağlanmadığı için imtiyaz niteliğinde olmayıp şirket ilişkisinin ötesinde sözleşmesel bir temele dayanan sözleşmesel hak niteliğindedir. Hem imtiyaz niteliğindeki haklar hem de sözleşmesel temele dayanan haklar ihdas eden esas sözleşme hükümlerinin tüzel kişinin (genel kurulunun) tek yanlı bir kararıyla kaldırılabilmesi veya değiştirilebilmesi mümkün değildir. Bunun için pay sahiplerinin veya üçüncü kişilerin açık veya kapalı rızalarının alınması zorunludur (Moroğlu, Erdoğan: Anonim Ortaklıkla Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, İstanbul, 2017, s. 235.). Kanun koyucu tarafından 6762 sayılı TTK'nin 389 ve 391. maddeleri ile imtiyaz niteliğindeki hakların korunması için özel bir koruma rejimi öngörülmüş; imtiyaz niteliğindeki haklarının kaldırılması, kısıtlanması veya olumsuz etkilenmesinin söz konusu olduğu hâllerde, bu rızanın tüzel kişi ile pay sahiplerinin karşılıklı çıkarlarını dengeleyecek şekilde imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun çoğunluk kararı ile alınması düzenlenmiştir. Ancak

imtiyaz niteliğinde olmayan ve sözleşmesel bir temele dayanan haklar için ise özel düzenleme getirilmemiştir. Bu itibarla pay sahibine sözleşmesel temele dayalı olarak tanınan hakların sadece ilgilinin muvafakati ile kaldırılabilceği veya sınırlandırılabilceği kabul edilmelidir (Kendigelen, Abuzer: Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, İstanbul 1999, s. 46).

Esas sözleşmenin pay sahipleri ile üçüncü kişiler lehine anonim şirkete karşı ve pay sahipleri arasında birbirlerine karşı talep (alacak) hakları (sözleşmesel hak) ihdas eden hükümlerine aykırı olan, bunları değiştiren, sınırlayan veya ortadan kaldıran genel kurul kararlarının geçersizliğinin dava edilmesi genel kurul kararlarının iptalini düzenleyen 6762 sayılı TTK'nin 381. maddesinde belirtilen (genel kurul kararına muhalif kalıp bunun toplantı tutanağına geçirilmesi, üç aylık hak düşürücü dava süresine uyulması ve en erken dava ile birlikte icranın geri bırakılmasını talep edebilme) koşullarına tabi değildir. Üçüncü kişiler ile pay sahipleri söz konusu genel kurul kararlarının kendileri hakkında bağlayıcılığının bulunmadığını genel hükümlere göre tespit davası veya itiraz yoluyla ileri sürebilirler (Moroğlu, s. 236).

Hemen belirtilmesi gerekir ki 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (6102 sayılı TTK) ile mülga 6762 sayılı TTK döneminde bulunmayan “emredici hükümler” ilkesi getirilmiştir. 6102 sayılı TTK'nin “emredici hükümler” başlıklı 340. maddesi “Esas sözleşme, bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak Kamunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir. Diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar.” hükmünü haizdir. Buna göre esas sözleşmede yer alacak olan ihtiyari kayıtların geçerliliği, emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırılık veya imkânsızlık hâllerinin yanında ayrıca “Kamunda açıkça izin verilmiş olma” koşulu ile de sınırlandırılacaktır. Başka bir deyişle 6102 sayılı TTK döneminde anonim şirketlere ilişkin bütün hükümler emredici nitelik taşımakta olup; artık esas sözleşmeye konulacak ihtiyari kayıtlar, Kanun buna açıkça izin vermişse mümkün olabilecektir (Pulaşlı, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara, 2017, s. 285).

Bununla birlikte 6103 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 22. maddesi ile anonim şirket esas sözleşmelerinin yayımı tarihinden itibaren on iki ay içinde 6102 sayılı TTK ile uyumlu hâle getirileceği. Bakanlığın bu süreyi bir yıl uzatabileceği düzenlenmiştir. Ayrıca anılan Kanun'un 28/2 maddesinde; 6762 sayılı eski

TTK zamanında ve 6102 sayılı TTK'nin kabul edilmesinden en az bir yıl önce esas sözleşme hükmü ile bazı pay gruplarına tanınmış olan yönetim kurulu üyeliği için aday gösterme hakkı, 6102 sayılı TTK'nin 360/1 maddesindeki sınırı aşıya bile müstesna hak sayılacağı belirtilmiştir. Bu itibarla 6762 sayılı TTK döneminde 6102 sayılı TTK'nin kabul edilmesinden en az bir yıl önce esas sözleşme ile öngörülen imtiyaz niteliğinde olmayan ancak sözleşmesel hak niteliğindeki bazı pay gruplarına tanınmış olan yönetim kurulu üyeliği için aday gösterme hakkı 6103 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 28/2 maddesi ile müstesna hak kabul edilmiştir. Anılan maddenin gerekçesi ve 6102 sayılı TTK'nin 360. maddesi de dikkate alındığında bazı pay gruplarına tanınmış olan yönetim kurulu üyeliği için aday gösterme hakkının, ayrıca belirli bir grup oluşturan pay sahipleri, belirli pay grupları ve azlığa tanınmış olan yönetim kurulunda temsil edilme hakkını da kapsadığı kabul edilmelidir (Karasu, Rauf: Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsil Edilme Hakkı, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 2016, C. I. S. 1, s. 38.).

6102 sayılı TTK'nin 360. maddesinde; “Esas sözleşmede öngörülmek şartı ile belirli pay gruplarına, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınabilir. Bu amaçla, yönetim kurulu üyelerinin, belirli bir grup oluşturan pay sahipleri, belirli pay grupları ve azlık arasından seçileceği esas sözleşmede öngörülebileceği gibi, esas sözleşmede yönetim kurulu üyeliği için aday önerme hakkı da tanınabilir...” hükmü yer almaktadır. Buna göre 6102 sayılı TTK ile belirli pay gruplarının yanında “belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine” ve azınlığa da yönetimde temsil edilme hakkı tanınmaktadır. Belirli bir grup oluşturan pay sahipleri; herhangi bir pay sahibini değil, esas sözleşmede 6102 sayılı TTK'nin 340. maddesinde öngörülen emredici hükümler ilkesine aykırı olmayacak şekilde, somutlaştırılan ve kural olarak aralarında ortak bağlar bulunan pay sahiplerini ifade etmektedir. Bu itibarla örneğin şirketin kurucu ortakları, şirkette çalışan pay sahipleri, üretim yapan bir anonim şirketin müşterileri, şirkete ham madde tedarik edenler, belirli bir mesleğe mensup olanlar, belirli bir grup oluşturan pay sahipleri olarak kabul edilmelidir (Karasu, s. 34.).

Yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davalı şirketin 1991 yılında kurulduğu ve davacının davalı şirketin kurucu ortaklarından olduğu, davalı şirketin 31.08.2006 tarihinde yapılan 2005 yılı olağan genel kurul toplantısında esas sözleşmenin 7. maddesinin değiştirildiği

ve esas sözleşmeye “geçici madde 5” eklendiği, esas sözleşmenin değiştirilen 7. maddesi ile davalı şirketin kurucu ortaklarına yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanındığı ve davacının da bir üye ile yönetim kurulunda temsil edileceğinin düzenlendiği, esas sözleşmeye eklenen “geçici madde 5” ile de yönetim kurulunda bir üye ile temsil edilme hakkına sahip olan kurucu ortakların bu haklarının 21 yıl süreyle saklı olduğunun belirtildiği anlaşılmaktadır.

Davalı şirketin dava konusu olan 07.08.2009 tarihli olağan genel kurul toplantısında, esas sözleşmenin “Yönetim kurulu 9 üyeden oluşur. Yönetim kurulunda: ... üç, ... iki. ... bir, ... bir, ... bir ve ... bir üye ile temsil edilirler...” şeklindeki 7. maddesi; “Şirket Yönetim Kurulu 9 (dokuz) üyeden oluşur. Bu üyelere dört üye şirket ortağı ... ‘nin sahip olduğu paylara bu ana sözleşme maddesi gereğince tanınan imtiyaz ile pay sahibi ... ‘nin göstereceği adaylar arasından: kalan beş üye ise ... ‘nin sahip olduğu paylara bu ana sözleşme maddesi gereğince tanınan imtiyaz ile pay sahibi ... ‘nin göstereceği adaylar arasından şirket Genel Kurulunca seçilir...” şeklinde değiştirilmiş; ayrıca “Genel Kurul kararına binaen ..., ..., ... ve ... ‘nın yönetim kurulunda birer üye ile temsil edilme hakları, işbu Genel Kurul Kararının tescilinden itibaren 21 yıl süreyle saklıdır” şeklindeki “geçici madde 5” ise kaldırılmıştır. Dava konusu olan davalı şirketin 09.09.2009 tarihli ve 08.10.2009 tarihli genel kurul toplantılarına ise yeni oluşturulan yönetim kurulu tarafından çağrı yapılmıştır. Görüldüğü üzere 6762 sayılı TTK döneminde davalı şirketin kurucu ortaklarına 31.08.2006 tarihli esas sözleşme değişikliği ile tanınan yönetimde belli bir süre ile bir üye tarafından temsil edilme hakkı; paya bağlanan bir hak olmayıp, pay sahibine esas sözleşme ile tanınan sözleşmesel bir hak niteliğindedir.

Bu itibarla yukarıda da ayrıntılı olarak açıklandığı üzere 6762 sayılı TTK döneminde davacıya tanınan bu hak, sözleşmesel temele dayanan bir hak olduğundan sadece ilgililerin muvafakati ile kaldırılabilmesi veya sınırlandırılabilmesi kabul edilmelidir. Kaldı ki 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun’un 28/2 maddesinde; 6762 sayılı eski TTK zamanında ve 6102 sayılı TTK’nin kabul edilmesinden en az bir yıl önce esas sözleşme hükmü ile bazı pay gruplarına (belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine) tanınmış olan yönetim kurulu üyeliği için aday gösterme hakkı müktesep hak sayıldığı; 6102 sayılı TTK’nin 360. maddesi gereğince de artık belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine de yönetimde temsil edilme hakkı tanınmasının mümkün olduğu gözetildiğinde

davacıya tanınan yönetim kurulunda belli bir süre ile bir üye tarafından temsil edilme hakkı emredici hükümler ilkesine de aykırılık oluşturmayacaktır.

O hâlde 31.08.2006 tarihli esas sözleşme ile davacıya tanınan yönetim kurulunda belli bir süre ile bir üye tarafından temsil edilme hakkının sadece davacının muvafakati ile kaldırılabilceği, davacının bu hakkını kaldırarak genel kurul kararlarının geçersizliğinin dava edilmesi genel kurul kararlarının iptalini düzenleyen 6762 sayılı TTK'nin 381. maddesinde belirtilen koşullarına tabi olmadığı gözetilerek davadaki taleplerin buna göre değerlendirilmelidir.

Hâl böyle olunca Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uymak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.”

E. İLK DERECE MAHKEMESİNİN SON KARARI

Ankara 9. Asliye Ticaret Mahkemesinin 2021/106 Esas, 2022/126 sayılı ve 01.03.2022 tarihli konuya ilişkin vermiş olduğu kararında,

“...Dava dilekçesi incelendiğinde davacının birden fazla talebinin bulunduğu görülmüştür. Bunlar sırası ile; 1-A) 07/08/2009 tarihli genel kurulda alınan “Ana sözleşmenin 7. Maddesinde değişiklik yapılmasına” ilişkin kararın yokluk ile malul olduğunun tespitine, B- Geçici 5. Maddenin ortadan kaldırılması kararının infaz kabiliyeti olmadığının tespiti,

2-)” 09/09/2009 ve 08/10/2009 tarihlerinde Genel Kurul Toplantısının yapılmasına ilişkin” yönetim kurulu kararların yoklukla malul olduğunun tespiti,

3-) 09/09/2009 ve 08/10/2009 tarihli Genel Kurullarda alınan kararların yokluk ile malul olduğunun tespiti istemlerinden oluşmaktadır.

Talebi konusunda açıklama istenilen davacı vekili 23/12/20121 tarihli dilekçesi ve 01/03/2022 tarihli duruşmada tutanağa geçirilen beyanı ile taleplerinin “ sadece geçici 5. Madde ile kendilerine davalı yönetiminde 21 yıl süre ile ve bir kişi ile temsil için verilen haklarının ortadan kaldırılması sonucunu doğuran bir sonraki genel kurulun 16. Maddesi ile ortadan kaldırılmasına ilişkin son kararın yokluk ile malul olduğunun tespitine ve geçici 5. Maddenin kendileri yönünden yürürlükte olduğunun tespitine karar verilmesine “ ilişkin olduğunu belirtmiştir. Bu beyan talebin daraltılması ve davadaki bir kısım taleplerin geri alınmasına ilişkin olduğu gibi, ancak davalının oluru ile talebin geri alınması mümkün olup, aynı duruşmada bulunan davalı vekili

davadaki kimi taleplerin geri alınmasına itirazları olmadığını söylediği için, somut olayda değerlendirmenin sadece talep daraltması dışında kalan konu ile sınırlı olarak yapılması gerektiği kabul edilmiştir. (....) Ek geçici madde 5 düzenlemesi ile de “Genel kurul kararına binaen ..., ..., ... ve ...’ın yönetim kurulunda birer üye ile temsil hakları işbu genel kurul kararının tescilinden itibaren 21 yıl süre ile saklıdır.” düzenlemesi yapılmıştır. Ek geçici 5. maddede yapılan düzenleme ile yönetim kurulunda bir üye bulundurma hakkı verilen davacı ‘ya seçeceği üyenin 21 yıl süre ile görev yapması hakkı tanınmıştır. Bu hak ana sözleşme ile davacı ‘ya verilmiş olup Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin bozma kararında da belirtildiği gibi, sözleşme ile verilen bu hakkın ancak hak sahibinin açıkça oluru alınarak ortadan kaldırılması mümkün iken bu kurala uyulmaksızın Davalı ... A.Ş’nin 2008 yılına ait olağan genel kurul toplantısının yapıldığı 07/08/2009 tarihli toplantıda gündemin 6.maddesi ile ana sözleşme maddelerinde tadil yapılmasına karar verilmiş[tir].

.... .., sözleşme ile tanınan hakkın ancak bu hakkın tanındığı pay sahibinin açıkça olurunun alınması suretiyle yapılması mümkün iken, genel kurulun bu emredici düzenlemeye aykırı şekilde genel kurulda alınan karar ile davacıya ek geçici 5. madde ile tanınan hakkı tek taraflı olarak ortadan kaldırmasının mümkün olmadığı, ek geçici 5. maddeyi ortadan kaldıran 31/08/2006 tarihli genel kurulun 16. maddesinin davacı yönünden yokluk ile malul olduğunun tespitine ve kabulüne karar verilmesi gerektiği kabul edilmiştir.

Davacının yukarıda değerlendirilen talebi dışındaki diğer talepleri yönünden ise; bu talepler geri alınmış olup, aynı taleplerin muhatabı olan davalı vekilinin taleplerin geri alınmasına olur vermiş olması nedeniyle geri alınan talepler yönünden konusu kalmadığı için esas hakkında karar verilmesine yer olmadığı şeklinde karar verilmesi gerektiği kabul edilmiştir. (....)

07/08/2009 tarihli genel kurulda alınan ana sözleşmenin 16. maddesinin kaldırılan hükümlere yönelik düzenlemesi ile 31/08/2016 tarihli genel kurulda alınan ek geçici 5. maddenin yürürlükten kaldırılmasına ilişkin hükmün, davacı yönünden YOKLUKLA MALUL OLDUĞUNUN TESPİTİ ve İPTALİNE, (....) Davacının diğer taleplerinin geri alındığı anlaşılmalı; diğer talepler yönünden esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına, (....) oy birliğiyle karar verilmiştir.”

II. DEĞERLENDİRME

A. İMTİYAZ HAKKININ PAY SAHİBİNE TANINABİLİRLİĞİ

İmtiyaz, *bir kimse, kuruluş veya topluluğa başkalarından farklı olarak tanınan hak ve üstünlük, ayrıcalık* olarak tanımlanmaktadır¹. Anonim şirket açısından imtiyaz ise, diğer paylara tanınan haklardan farklı hakların tanımlanması olarak ifade edilebilir^{2,3}. Nitekim bu hak, kural olarak, ortaklığa getirdiği sermaye payı ölçüsünde haklardan yararlanma imkânına sahip olan pay sahibine yönetsel ve/veya ekonomik haklardan, diğer pay sahiplerine kıyasla, daha fazla yararlanma fırsatı sunar⁴. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu⁵ (TTK) m. 478/2 hükmünde de imtiyaz; kâr payı, tasfiye payı, rüçhan ve oy hakkı gibi haklarda, paya tanınan üstün bir hak veya kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkı olarak tanımlanmıştır.

Kural, imtiyaz hakkının “paya” tanınması zorunluluğudur⁶. Bu bakımdan pay sahibi olsun/olmasın kişilere ya da belirli makamlara bağlanan haklar

¹ <http://lugatim.com/s/imtiyaz>; (E.T. 10. 12.2021); benzer bir tanım için bkz. <https://sozluk.gov.tr/>.

² **Tekinalp, Ü. (Poroy, R. & Çamoğlu, E.)** (2019). Ortaklıklar Hukuku I (14 b.). İstanbul, Kn. 784 s. 635; **Tekinalp, Ü.** (2020). Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku (5 b.). İstanbul, Kn. 9-09 s. 87 vd.; **Pulaşlı, H.** (2020). Şirketler Hukuku Genel Esaslar (6 b.). Ankara, Kn. 26 s. 527; **Ayhan, R., Çağlar, H., & Özdamar, M.** (2021). Şirketler Hukuku Genel Esaslar (3 b.). Ankara, s. 337 **Şener, O. H.** (2019). Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı (4 b.). Ankara, s. 553; **Bahtiyar, M.** (2021). Ortaklıklar Hukuku (Güncellenmiş 15 b.). İstanbul, s. 150; **Bilgili, F., & Demirkapı, E.** (2013). *Şirketler Hukuku* (9 b.). Bursa, s. 480 **Bozkurt, T.** (2021). Şirketler Hukuku (13 b.). Ankara, s. 470; **Kendigelen, A.** (1999). Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz. İstanbul, s. 25; **Aytuğar, B.** (2019). Anonim Şirketlerde Oy hakkında İmtiyaz. İstanbul, s. 14. Benzer tanımlar için ayrıca bkz. **Arslanlı, H.** (1960). Anonim Şirketler (Ümumi Hükümler (3 b., Cilt I). İstanbul, s. 151; **İmregün, O.** (1989). Anonim Ortaklıklar (4 b.). İstanbul, s. 335; **Tekil, F.** (1998). Anonim Şirketler Hukuku (2 b.). İstanbul, s. 408.

³ 6762 sayılı TTK’da farklı ve üstün haklar bahşeden payların isimlendirilmesi hususunda bir terim birliği bulunmamaktaydı (bu hususta bkz. **İmregün, s. 334; Karahan, S.** (1991). Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazın Korunması. İstanbul, s. 4, 5; **Aytuğar, Oy Hakkı, s. 15).**

⁴ TTK m. 478 Gerekeçe; ayrıca bkz. **Tekinalp, Sermaye, Kn. 9-09b s. 87,88; Ayтуğar, Oy Hakkı, s. 16, 17.**

⁵ RG, 14.02.2011, Sayı 27846.

⁶ **Karahan, s. 20; Kendigelen, İmtiyaz, s. 25; Pulaşlı, Kn. 38 s. 531; Pulaşlı, H.** (1999). Anonim Şirketlerde Yönetimde İmtiyaz ve Buna İlişkin Esas Sözleşme Düzenlemelerinin Anlam ve Etkisi. Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, s. 564; **Ayhan/ Çağlar/Özdamar, s. 338; Şener, s. 554; Bahtiyar, M.** (2001). Anonim Ortaklık Anasözleşmesi. İstanbul, s. 200, 201; **Bahtiyar, s. 265; Bilgili/Demirkapı, s. 481; Bozkurt, s. 224**

imtiyaz olarak nitelendirilemezler⁷. Örneğin bir pay sahibine ömür boyu yönetim kurulu üyeliği, başkanlığı veya veto hakkı veren esas sözleşme hükümleri imtiyaz olarak kabul edilemezler⁸. Fakat 6102 sayılı TTK m. 360 (TTK m. 478/3 hükmünden mülhem) hükmünde bu kurala bir istisna getirilmiştir. Buna göre, esas sözleşmede öngörülmek şartı ile, belirli pay gruplarına, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınabilir. Mezkûr madde hükmü, yönetim kurulunda temsil edilme hakkını hem pay sahibi gruplarına hem azlığa hem de pay gruplarına tanımıştır. Böylece TTK m. 478 hükmünde ifade edilen imtiyazın paya bağlanması kuralına bir istisna getirilmiştir⁹. Neticede 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu¹⁰ (eTTK) döneminde kanunda açıkça yer alamamasına rağmen¹¹, Yargıtay'ın yerleşik içtihadı haline gelen “*grup imtiyazı*” kanunen tanınmıştır¹². Bu hükmün uygulanabilmesi için hem azınlığın hem de belirli pay sahipleri gruplarının belirlenebilir ve tanınabilir bir şekilde tanımlanması gereklidir¹³.

Belirli pay gruplarına yönetim kurulunda temsil edilme hakkı 6762 sayılı eTTK döneminde de öngörülebilmekteydi. TTK m. 360 anlamında pay grupları, payların “A ve B” gibi adlandırmalarla birbirlerinden ayrıldığı hallerde söz konusu olmaktadır¹⁴. Pay gruplarına yönetim kurulunda temsil hakkı, şirket çıkarları gerektirmediği halde grup çıkarlarına zarar vermek amacıyla alınan önlemlere karşı çıkabilmek ve ayrıca gurubun, şirket işlemleri ile ilgili olarak bilgilendirilmelerini sağlamak amacıyla tanınmaktadır¹⁵. Bu

⁷ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Kn. 789 s. 637; **Pulaşlı**, Kn. 38 s. 531; **Pulaşlı**, İmtiyaz, s. 564; **Bilgili/Demirkapı**, s. 481; **Bahtiyar**, Anasözleşme, s. 201; **Karahan**, s. 20; **Kendigelen**, İmtiyaz, s. 26.

⁸ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Kn. 789 s. 637; **Kendigelen**, İmtiyaz, s. 26

⁹ TTK m. 360 Gerekçe; **Tekinalp**, Sermaye, Kn. 9-09F s. 89.

¹⁰ RG, 09.07.1957, Sayı 9353.

¹¹ 6762 sayılı TTK m. 401 hükmünde yer alan “*vesair hususlar*” ibaresinin şirket organlarında temsil edilme imtiyazını kapsadığı öğreti tarafından kabul edilmekteydi. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. **Kendigelen**, İmtiyaz, s. 181 vd.

¹² TTK m. 360 Gerekçe.

¹³ TTK m. 360 Gerekçe.

¹⁴ **Kırca (Şehirali-Çelik/Manavgat)**, Anonim Ortaklık C.1, s. 427; **Uçar**, S. (2020). “Özellik ve Nitelikleriyle Belirli Bir Grup Oluşturan Pay Sahipleri” Kavramı (TTK m. 360, f.1, c.1). Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15(193-194), s. 1337. Belirtmek gerekir ki, aralarında herhangi bir üstünlük olmadan payların “A, B, C” gibi gruplara ayrılması bir imtiyaz tanındığı anlamı taşımaz, (bkz. **Pulaşlı**, Kn. 28 s. 528).

¹⁵ **Aytuğar**, B. (2019). Oy Hakkında İmtiyazlı Pay Grubunun Yönetim Kurulunda Temsil

imtiyaz, gruba dahil her bir paya değil, pay grubuna tanınmaktadır¹⁶.

TTK m. 360 hükmünde, “özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahipleri” ifadesiyle paya değil, pay sahibine işaret edilmiştir. İsviçre Hukukunda bu kavram geniş yorumlanarak, pay sahipleri arasında ayırım yapmaya imkân veren her kriter grup oluşturma hususunda yeterli kabul edilmiştir¹⁷. Bu bakımdan belirli pay sahipleri grupları, meslekler ve işletme konuları gibi ölçütlerle kolaylıkla tespit edilebilirler¹⁸. Dolayısıyla payın, ortak paydaya uymayan bir kişiye devredilmesi halinde imtiyaz etkisizleşecek; ancak ortak paydaya dahil birine devri halinde imtiyaz etkin hale gelecektir¹⁹. Belirtmelidir ki böyle bir imtiyazın tanınması için şirket ortaklarının yapısının da buna uygun olması gerekir. Diğer bir ifadeyle şirket, tamamı aynı özellikleri taşıyan ve birbirlerinden ayrılmaları mümkün olmayan ortaklardan oluşuyorsa yönetim kurulunda temsil imtiyazı oluşturulması mümkün değildir²⁰.

Temsil edilme hakkı, bazı kurul üyelerinin belirli pay sahibi grupları arasından seçilmesi yahut bu grup üyelerine bağlayıcı aday önerme hakkı tanınması şeklinde de öngörülebilmektedir²¹. Yine esas sözleşmede, yönetim kurulu üyelerinin belirli bir soyadı taşıyan kişiler arasından seçilmesi hususunda bir düzenleme de yapılabilir²². Ancak önemle belirtmek gerekir ki; TTK m. 360/1 hükmüne dayanılarak belirli kişi veya kişilerin yönetim kurulu üyesi olacağına ilişkin bir hak tanınması mümkün değildir²³.

Edilme Hakkı. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XXIII (1), s. 96.

¹⁶ **Tekinalp**, Sermaye, Kn. 12-17a s. 237.

¹⁷ **Kendigelen**, A. (1999). İsviçre Hukukunda Farklı Pay Sahibi Kategori ve Gruplarının Şirket Organlarında Temsili. Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 35. Yaş Günü Armağanı, s. 385; **Karasu**, R. (2016). Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsil Edilme Hakkı. TFM (1), s. 34.

¹⁸ TTK m. 360 Gerekçe.

¹⁹ **Tekinalp**, Sermaye, Kn. 12-17b s. 237; **Pulaşlı**, H. (2018). Şirketler Hukuku Şerhi (3 b., Cilt 2). Ankara, Kn. 214 s. 1228, 1229; **Pulaşlı**, Kn. 42 s. 533.

²⁰ **Pulaşlı**, Kn. 41 s. 533.

²¹ TTK m. 360 Gerekçe.

²² **Kendigelen**, Temsil, 386; **Kırca (Şehirali-Çelik/Manavgat)**, Anonim Ortaklık C.1, s. 428; **Karasu**, Temsil, s. 34; **Çamoğlu**, E. (2011). 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsili. <http://www.arсланlibilimarsivi.com/>, s. 2.

²³ **Kendigelen**, İmtiyaz, s. 220 vd.; **Kırca (Şehirali-Çelik/Manavgat)**, Anonim Ortaklık C.1,

6102 sayılı TTK ile azınlığa da yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınmıştır. Ancak kanunda yer alan “azlık” ifadesiyle teknik anlamda azlığın değil; geniş anlamda azlığın kastedildiği savunulmaktadır²⁴. Diğer bir ifadeyle TTK m. 360 hükmündeki azınlık, sermayenin 1/10 veya 1/20’lik oranını temsil eden pay sahibinden ziyade %50+1 oranındaki pay sahibine karşılık yönetim kurulu üyeliğine ilişkin imtiyaza sahip topluluğu ifade eder²⁵.

1. İsmen Belirtilen Pay Sahibine Belirli Bir Süre Yönetim Kurulu Üyesi Olma Hakkı Veren Esas Sözleşme Hükmünün Hukuki Niteliği

Uygulamada anonim şirket esas sözleşmesiyle gerçek veya tüzel kişilere yönetim kuruluna aday gösterme, genel kurul toplantı divanı başkanı olma veya yönetim kuruluna seçilmesi halinde başkan sıfatını otomatik olarak kazanma gibi haklar tanınmaktadır²⁶. Şirket esas sözleşmesinde paya değil de pay sahibine tanınan bu hakların, imtiyazın paya tanınması zorunluluğu karşısında²⁷, imtiyaz olarak nitelendirilmesi mümkün değildir²⁸.

Esas sözleşmede öngörülen hükümleri müstakar Yargıtay kararlarında *akdi (sözleşmesel) hak* olarak nitelendirilmiştir²⁹. Ancak bu hususta öğretide görüş birliği söz konusu değildir. Baskın görüş Yargıtay’ın istikrar kazanan

s. 428, 429; **Özdamar**, M. (2009). Türk Hukukunda Nitelikli Pay Kavramı. *Haluk Konuralp Anusına Armağan Cilt:3*, 725; **Karasu**, Temsil, s 34; **Uçar**, s. 1342, 1343. Buna karşılık **Çamoğlu**, bu hakkın ismen belirlenen bir veya birden fazla ortağa tanınmasının mümkün olduğunu ve bu halde yönetim kurulunda temsil edilme hakkının bu kişinin hayatıyla sınırlı olacağını ifade etmiştir. (bkz. **Çamoğlu**, s. 2); **Pulaşlı**, TTK m. 360 hükmünde yer alan “*belirli pay gruplarına*” ifadesi karşısında söz konusu imtiyazın, akdi nitelikte olsa bile, tek bir kişiye “*şahsen*” tanınamayacağını belirtmiştir (**Pulaşlı**, Şerh C.2, Kn. 208 s. 1251).

²⁴ **Kırca**, İ., **Şehirali-Çelik**, F. H., & **Manavgat**, Ç. (2013). Anonim Şirketler Hukuku (Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu) (Cilt 1). Ankara, s. 430; **Pulaşlı**, Şerh C.2, Kn. 220 s. 1258; **Karasu**, Temsil, s. 35; Buna karşılık **Çamoğlu**, azınlığın tanımının şirket esas sözleşmesine bırakıldığını ancak sözleşmede belirtilen azınlığın kimlerden oluşacağını somut olarak saptanması hâlinde temsil hakkına sahip olan azınlıktan değil, bir gruptan söz edilmesinin daha doğru olduğunu ifade etmiştir (bu hususta bkz. **Çamoğlu**, s. 1 dpn. 1).

²⁵ Ayrıca bkz. **Kırca** (**Şehirali-Çelik/Manavgat**), Anonim Ortaklık C.1, s. 431; **Pulaşlı**, Şerh C.2, Kn. 220 s. 1258.

²⁶ Örnekler için bkz. **Tekinalp**, Ü. (1996). İmtiyazlı Paylara İlişkin Sorunlar. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIII (5-6 Nisan 1996), s. 7.

²⁷ TTK m. 360 hükmünde yer alan istisna saklı kalmak üzere.

²⁸ **Tekinalp** (**Poroy/Çamoğlu**), Kn. 789 s. 637; **Pulaşlı**, Kn. 38 s. 531; **Bilgili/Demirkapı**, s. 481; **Karahan**, s. 20; **Kendigelen**, İmtiyaz, s. 26; **Baltalı**, C. (2019). Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunda Temsil Edilme İmtiyazı. İstanbul, s. 62.

²⁹ 11 HD 25.12.1987 tarih ve E. 3565/ K. 7565 sayılı kararı; 11. HD 01.03.1995 tarih ve E. 7391/ K. 1777 sayılı kararı (bkz. **Tekinalp**, İmtiyaz, s.7-11)

görüşünü referans olarak sözleşmesel hak adlandırmasını kabul etmektedir³⁰. Hakkın, sözleşmesel hak olarak adlandırmasının pratik sonucunun da bu hakkın ortaklıklar hukuku değil, genel hükümler anlamında sonuç doğurduğu ve sözleşmenin tarafları karşılıklı olarak anlaşmadıkça kaldırılamayacağı ve değiştirilemeyeceği olduğu ifade edilmiştir^{31, 32}.

Buna karşılık diğer bir görüş uyarınca³³; şirketle arasında vekalet ilişkisi bulunan yönetim kurulu üyeleri, esas sözleşmeyle atanmış olsalar dahi, genel kurul tarafından her zaman görevden alınabilirler³⁴ (eTTK m. 316; TTK m. 364/1). TTK m. 364/2 hükmünden farklı olarak eTTK m. 316 uyarınca, genel kurul tarafından görevinden alınan yönetim kurulu üyesinin tazminat hakkı da bulunmamaktadır. Diğer yandan imtiyaz yaratmak amacıyla şirket esas sözleşmelerinde öngörülen bu haklar hem 6762 hem de 6102 sayılı Kanun anlamında imtiyaz olarak nitelendirilemezler. Dolayısıyla bu haklar, sahibinin onayına gerek olmaksızın, genel kurulca usulüne uygun bir esas sözleşme değişikliğiyle değiştirilebilir veya kaldırılabilirler.

³⁰ **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, Kn. 789 s. 637; **Tekinalp**, İmtiyaz, s. 11, 12; **Bilgili/Demirkapı**, s. 482; **Kırca (Şehirali-Çelik/Manavgat)**, s. 429; **Kendigelen**, İmtiyaz, s. 229.

³¹ **Tekinalp**, İmtiyaz, s. 12; **Bilgili/Demirkapı**, s. 481; **Kırca (Şehirali-Çelik/Manavgat)**, s. 429; **Baltalı**, s. 62,63.

³² Ancak m. 360 hükmünün sınırlayıcı yapısı ve m. 340 uyarınca m. 360’ta öngörülen yapının dışına çıkılamayacağı göz önünde bulundurulduğunda, 6102 sayılı TTK döneminde söz konusu hakka ilişkin bir düzenlemenin esas sözleşmede yer alıp alamayacağı ayrıca değerlendirilmelidir. Ayrıca bu hükümlerin, genel kurulun devredilmez nitelikteki yönetim kuruluna üye seçme yetkisini de ihlal edecek nitelikte olduklarının ayrıca incelenmesi gereklidir (bu hususta bkz. **Kendigelen**, İmtiyaz, s. 221; **Kırca (Şehirali-Çelik/Manavgat)**, s. 429, özellikle s. 433; **Özdamar**, s. 725; **Karasu**, Temsil, s. 36 ve özellikle 38,39; **Karasu**, R. (2015). Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi (2 b.). Ankara, s. 146, 147; **Baltalı**, s. 237-242; aksi yönde **Karahana**, s. 126, 127. Yönetim kuruluna üye seçilecek kişilerin belirlenmesi amacıyla pay sahipleri sözleşmesi yapılması hakkında açıklamalar için ayrıca bkz. **Eren**, E. (2021). Banka Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkı Veren Pay Sahipleri Sözleşmesi “Kanuna Karşı Hile” Olarak Değerlendirilebilir Mi? Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (1), s. 1028 vd.

³³ **Karasu**, Temsil, s. 34, 35. 11. HD’nin 22.06.2015 tarih 2014/19135 E., 2015/8578 K. sayılı kararında; tek bir ortağa yönetim kurulu üyesi olma hakkı veren esas sözleşme hükmünün hem 6762 eTTK hem de 6102 sayılı TTK kapsamında imtiyaz sayılmayacağını ifade edilerek; anılan esas sözleşme hükmünü değiştiren genel kurul kararının iptali talebini reddedilmiştir. İlgili esas sözleşme hükmünün sözleşmesel/akdi hak niteliği hususunda herhangi bir değerlendirme yapmayan kararın **Karasu** tarafından savunulan görüşe yakın olduğunu söylemek mümkündür. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/E.T.17.12.2021>).

³⁴ 6102 sayılı TTK m. 364 uyarınca, gündemde madde bulunmaması halinde, yönetim kurulu üyelerinin görevden alınabilmeleri haklı bir nedenin varlığına bağlıdır.

2. Hakkın İhlalinin Sonuçları

Esas sözleşmede pay sahibi adına tanınan yönetim kurulunda temsil hakkının ihlal edilmesinin sonuçları, kabul edilecek görüşe göre farklılık gösterecektir. Eğer Yargıtay ve öğretide çoğunluk görüşü olan sözleşmesel hak görüşü kabul edilirse; esas sözleşmede yer alan bu hakkın ihlali durumunda genel hükümlere dayanan bir talepte bulunulabilir. Genel hükümler kapsamında alacaklının, borcunu ifa etmeyen borçluya karşı üç imkânı bulunmaktadır³⁵. Bunlar; *aynen ifa*, *tazminat davası* ve *sözleşmeden dönmedir*³⁶ (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu³⁷ (TBK) m. 125). Sözleşmenin ihlal edilmesi halinde kural, aynen ifanın talep edilmesidir (bkz. TBK m. 125/1). Verme, yapma ve yapmama borcunun yerine getirilmesi için açılabilen ifa davası istisnai olarak borcun niteliğine veya dürüstlük kurallarına aykırılık halinde açılmaz³⁸. Yine tarafların sözleşmeyle ifa davası açmaktan vazgeçerek borçlunun tazminat ödemesini kararlaştırdıkları hallerde ifa davası açılmaz³⁹. Hakkın ihlalinin bir diğer giderim türü olan tazminatta, borç ilişkisi sona ermez fakat içeriği değişir^{40,41}.

Hak sahibinin aynen ifa talebinde bulunmasının TTK anlamındaki sonucu, hakkın kullanılmasını engelleyen veya hakkı ortadan kaldıran genel kurul kararının iptal edilmesidir⁴². Ancak bunun mümkün olmaması halinde, gerçekleşen ihlalin giderilebilmesi için tazminat talep edilmesi mümkün olacaktır⁴³.

Bu kapsamda öncelikle irade beyanında bulunma yükümlülüğünün ifasında mahkemenin vereceği kararın, genel kurul kararının yerine geçip

³⁵ **Tandoğan**, H. (1961). *Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet)*. Ankara, s. 405; **Eren**, F. (2019). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (24 b.). Ankara, Kn. 3227 s. 1154; **Eren**, F., & **Dönmez**, Ü. (2022). *Eren Borçlar Hukuku Şerhi* (Cilt 3). Ankara, Kn. 1, s. 2419.

³⁶ **Tandoğan**, s. 405; **Eren**, Kn. 3227 s. 1154; **Eren/Dönmez**, Kn. 1 s. 2419.

³⁷ RG, 04.02.2011, Sayı 27836.

³⁸ **Eren**, Kn. 3230 s. 1155.

³⁹ **Tandoğan**, s. 405; **Eren**, Kn. 3230 s. 1155; benzer sonuç alacaklı tarafından yapılan ve borçluya varması gereken tek taraflı bir irade beyanı niteliği taşıyan "vazgeçme beyanı" bakımından da geçerli olacaktır (bu hususta bkz. **Eren/Dönmez**, Kn. 6 s. 2421 vd.

⁴⁰ **Tekinay**, S. S., **Burcuoğlu**, H., & **Altop**, A. (1993). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (6 b.). İstanbul, s. 853, 854; **Eren**, Kn. 3247 s. 1161,1162.

⁴¹ Alacaklının son hakkı olan dönme, *kanaatimizce*, inceleme konusu hakkın içeriğine uygun olmadığından hakkın giderimi için talep edilemeyecektir.

⁴² Bu hususta değerlendirme ve tartışmalar için bkz. **Tekinalp**, İmtiyaz, s. 30 vd.

⁴³ **Tekinalp**, İmtiyaz, s. 36.

geçmeyeceği⁴⁴; hakkın yeniden tesis edilebilmesi için önceki genel kurul kararlarının iptal edilebilirliği⁴⁵ ve mahkemece iptal kararı verilmeksizin genel kurulun teyit kararıyla önceki kararının sakatlığının giderilmesi imkânının TTK’da düzenlenmemesine ilişkin sorunlar karşımıza çıkmaktadır⁴⁶. İlgilisine hak veren bu sözleşme hükmünün sürekli edim niteliği ve TBK m. 126 kapsamında hak sahibinin tazminat talep hakkı göz önünde bulundurulursa; anılan görüşün kabulü halinde hak, *kanaatimizce*, sahibinin tazminat talebinde bulunması daha uygun ve sonuç odaklı bir çözüm olacaktır.

Hakkın hukuki niteliğine ilişkin diğer görüşünün kabulü halinde, esas sözleşme hükmünün ihlali veya kaldırılması sonucunda muhatabının sahip olacağı hak, 6762 ve 6102 sayılı Kanunlar bakımından farklılık arz eder. Esas sözleşmeyle kendisine yönetim kurulu üyeliği verilen muhatabın üyeliği eTTK m. 316 uyarınca, usulüne uygun bir genel kurul kararıyla her zaman sona erdirilebilir. Anılan sona erme bakımından tazminat talebinde bulunması da söz konusu değildir. 6102 sayılı TTK m. 340 hükmü dolayısıyla böyle bir hükmün esas sözleşmede öngörülemeyecek olması bir yana, söz konusu hükmün ihlali halinde muhatap ancak TTK m. 364/2 kapsamında yalnızca tazminat talebinde bulunabilecektir⁴⁷. Dolayısıyla mezkûr sözleşme hükmünün ihlali gerekçesine dayanan davaların reddi gerekmektedir⁴⁸.

III. GÖRÜŞÜMÜZ ve SONUÇ

Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen karar, herhangi bir grup oluşturmaksızın doğrudan isme/isimlere tanınan yönetim kurulunda temsil hakkının hukuki niteliği hususundaki öğreti görüşleri kapsamında değerlendirilmelidir. Karar, esas sözleşme hükmünün, imtiyazın paya tanınması ilkesi kapsamında ancak “*sözleşmesel hak*” olabileceğini savunan görüş kapsamında, gerekçe olarak doğrudur. Nitekim hem ilk derece mahkemesi hem 11. Hukuk Dairesi hem de Hukuk Genel Kurulu esas sözleşme hükmünün bu niteliğini tekrarlamıştır. Ancak varılan sonuç itibariyle her üç kararda da eksiklik bulunmaktadır.

⁴⁴ Bkz. **Eren**, Kn. 3237 s. 1158

⁴⁵ Hakkı ihlal edilen kişinin iptal davası açması için kanunda aranan iptal davası açma şartlarını sağlaması gereklidir [bkz. TTK m. 445 ve 446 (6762 sayılı TTK m. 381) hükümleri]. Bu şartların aranmamasını gerektirecek herhangi hukuki düzenleme *kanaatimizce* mevcut değildir.

⁴⁶ Bu hususta bkz. **Moroğlu**, E. (2020). Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü (9 b.). İstanbul, s. 390.

⁴⁷ Karş. **Karasu**, Temsil, s. 34, 35.

⁴⁸ **Karasu**, Temsil, s. 35.

Nitekim bahsi geçen kararlarda işaret edildiği üzere sözleşmesel haklar imtiyaz olarak kabul edilemediklerinden, imtiyaz hakkına tanınan korumadan da faydalanamazlar. Dolayısıyla ihlal edilmeleri halinde borçlar hukukuna ilişkin genel nitelikteki hükümlere dayanılarak koruma talebinde bulunulabilir.

TBK m. 125 uyarınca sözleşmenin ihlal edilmesi halinde kural olan aynen ifa talebinde bulunulmasıdır. Eğer aynen ifa söz konusu olmazsa ihlal dolayısıyla tazminata hükmedilecektir⁴⁹. Aksi talep edilmedikçe asıl ve ilk olarak uygulanacak olan aynen ifa kararının olay bağlamında karşılığıysa genel kurul kararının iptal edilmesidir. İptal davası açılabilmesi için TTK m. 446'da aranan şartların sağlanması gereklidir⁵⁰. Ancak somut olay kapsamında iptal davası açılmasının koşulları incelendiğinde davacının bunları sağlamadığı görülmektedir. Bu kapsamda iptal davası açma şartlarını sağlayamayan davacı lehine tazminata hükmedilmesi *kanaatimizce* daha doğru olurdu. Tazminatın hesaplanmasında ise, davacının yönetim kurulu üyesi olmasına ilişkin hakkının ihlal edilmediği bir ihtimalde hak kazanacağı ekonomik değerler hesaba katılmalıdır. Örneğin, hakkın ihlal edilmesi sebebiyle yoksun kalınan huzur hakkı, sabit ücret, ikramiye veya prim gibi maddi menfaatler öncelikle dikkate alınmalıdır. Diğer yandan somut olay kapsamında, hakkın ihlal edilmesinin dolaylı etkisi neticesinde davacının bir zarara uğraması söz konusu oldu ise bunun da tazmin edilmesi gerekir.

Neticede sözleşmesel hak görüşü kapsamında Hukuk Genel Kurulunun kararına, iptal davası şartlarının aranmayacağı görüşü ve maddi tazminata ilişkin herhangi bir değerlendirilmede bulunulmaması dolayısıyla *kanaatimizce* katılmak mümkün değildir.

Esas sözleşmede imtiyaz oluşturması amacıyla öngörülen ancak hem 6762 hem de 6102 sayılı Kanunlar uyarınca bir imtiyaz sayılmayan bu sözleşme hükmünün, muhatabına herhangi bir hak bahşetmeyeceğini savunan görüş kapsamında da Hukuk Genel Kurulunun kararı yerinde değildir. Zira anılan görüş uyarınca 6762 sayılı Kanunda esas sözleşmeyle atanmış olsalar dahi yönetim kurulu üyeleri genel kurul tarafından her zaman görevden alınabilirler. Görevden alınan bu yönetim kurulu üyelerinin tazminat hakkı

⁴⁹ Anılan esas sözleşme hükmünün TBK m. 126'ya uygun olması da ayrıca göz önünde bulundurulmalıdır.

⁵⁰ 11. Hukuk Dairesi ve Hukuk Genel Kurulunun kararlarında belirttiği üzere sözleşmesel hakkın ihlal edilmesi halinde iptal davası açılması hakkındaki TTK m. 446 (6762 sayılı eTTK m. 381) hükmünde aranan şartların aranmayacağı hususunda herhangi bir kanuni düzenleme veya bir öğreti görüşü tespit edilememiştir.

dahi bulunmamaktadır (6762 sayılı eTTK m. 316/1). Neticede uyuşmazlık konusu esas sözleşme değişikliğinin; esas sözleşmeye dayanılarak yönetim kurulu üyesi seçildiği kabul edilen davacının usulüne uygun bir genel kurul kararıyla görevinden alınması şeklinde yorumlanması daha doğru olacaktır. Bunun doğal bir sonucu olarak görevden alınan yönetim kurulu üyesi davacının herhangi bir tazminat talep hakkı da bulunmayacaktır (6762 sayılı eTTK m. 316). Dolayısıyla davanın reddine karar verilmesi bu görüşe daha uygun olacaktır.

Son olarak davalı anonim şirket ortakları arasında kamu tüzel kişilerinin bulunduğu dikkate alındığında esas sözleşme hükmünün ilk derece mahkemesi, özel daire ve HGK tarafından, 6762 sayılı TTK m. 401/2 ve m. 401/3 (TTK m. 478/4) hükümleri kapsamında ayrıca değerlendirilmesi gerekirdi. Zira 6762 sayılı TTK m. 401/2 uyarınca kamu tüzel kişilerinin sahibi oldukları paylar dışındaki diğer paylara herhangi bir imtiyaz tesis edilemez. Gerçekten de anılan düzenlemenin, herhangi bir kanuni dayanağı olmayan sözleşmesel hakkı da kapsadığı sonucuna varılırsa verilecek karar ve/veya hükmedilecek tazminatın miktarı noktasında farklılıklar meydana gelebilecektir.

KAYNAKÇA

- ARSLANLI, H. (1960). *Anonim Şirketler (Umumi Hükümler (3 b., Cilt I)*. İstanbul.
- AYHAN, R., ÇAĞLAR, H., & ÖZDAMAR, M. (2021). *Şirketler Hukuku Genel Esaslar (3 b.)*. Ankara.
- AYTUĞAR, B. (2019). *Anonim Şirketlerde Oy hakkında İmtiyaz*. İstanbul. (Anılış: Aytuğar, Oy Hakkı)
- AYTUĞAR, B. (2019). Oy Hakkında İmtiyazlı Pay Grubunun Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkı. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XXIII(1)*, 93-125.
- BAHTİYAR, M. (2001). *Anonim Ortaklık Anasözleşmesi*. İstanbul.
- BAHTİYAR, M. (2021). *Ortaklıklar Hukuku (Güncellenmiş 15 b.)*. İstanbul.
- BALTALI, C. (2019). *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunda Temsil Edilme İmtiyazı*. İstanbul.
- BİLGİLİ, F., & DEMİRKAPI, E. (2013). *Şirketler Hukuku (9 b.)*. Bursa.
- BOZKURT, T. (2021). *Şirketler Hukuku (13 b.)*. Ankara.
- ÇAMOĞLU, E. (2011). 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsili. <http://www.arсланlibilimarsivi.com/>, 1-4.
- EREN, E. (2021). Banka Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkı Veren Pay Sahipleri Sözleşmesi “Kanuna Karşı Hile” Olarak Değerlendirilebilir Mi? *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi(1)*, 1013-1046.
- EREN, F. (2019). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (24 b.)*. Ankara.
- EREN, F., & DÖNMEZ, Ü. (2022). *Eren Borçlar Hukuku Şerhi (Cilt 3)*. Ankara.
- İMREGÜN, O. (1989). *Anonim Ortaklıklar (4 b.)*. İstanbul.
- KARAHAN, S. (1991). *Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazın Korunması*. İstanbul.
- KARASU, R. (2015). *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi (2 b.)*. Ankara.
- KARASU, R. (2016). Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsil Edilme Hakkı. *TFM(1)*, 31-40. (Anılış: Karasu, Temsil)

- KENDİGELEN, A. (1999). *Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz*. İstanbul. (Anılış: Kendigelen, İmtiyaz)
- KENDİGELEN, A. (1999). İsviçre Hukukunda Farklı Pay Sahibi Kategori ve Gruplarının Şirket Organlarında Temsili. *Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 35. Yaş Günü Armağanı*, 339-402. (Anılış: Kendigelen, Temsil)
- KIRCA, İ., ŞEHİRALİ-ÇELİK, F. H., & MANAVGAT, Ç. (2013). *Anonim Şirketler Hukuku (Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu)* (Cilt 1). Ankara.
- MOROĞLU, E. (2020). *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü* (9 b.). İstanbul.
- ÖZDAMAR, M. (2009). Türk Hukukunda Nitelikli Pay Kavramı. *Haluk Konuralp Anısına Armağan Cilt:3*, 719-745.
- POROY, R., TEKİNALP, Ü., & ÇAMOĞLU, E. (2019). *Ortaklıklar Hukuku I* (14 b.). İstanbul.
- PULAŞLI, H. (1999). Anonim Şirketlerde Yönetimde İmtiyaz ve Buna İlişkin Esas Sözleşme Düzenlemelerinin Anlam ve Etkisi. *Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı*, 563-592.
- PULAŞLI, H. (2020). *Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (6 b.). Ankara.
- PULAŞLI, H. (2022). *Şirketler Hukuku Şerhi* (4 b., Cilt 2). Ankara.
- ŞENER, O. H. (2019). *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı* (4 b.). Ankara.
- TANDOĞAN, H. (1961). *Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet)*. Ankara.
- TEKİL, F. (1998). *Anonim Şirketler Hukuku* (2 b.). İstanbul.
- TEKİNALP, Ü. (1996). İmtiyazlı Paylara İlişkin Sorunlar. *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIII (5-6 Nisan 1996)*, 3-24. (Anılış: Tekinalp, İmtiyaz)
- TEKİNALP, Ü. (2020). *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (5 b.). İstanbul. (Anılış: Tekinalp, Sermaye)
- TEKİNAY, S. S., BURCUOĞLU, H., & ALTOP, A. (1993). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (6 b.). İstanbul.
- UÇAR, S. (2020). “Özellik ve Nitelikleriyle Belirli Bir Grup Oluşturan Pay Sahipleri” Kavramı (TTK m. 360, f.1, c.1). *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15(193-194), 1333-1358.

**YARGITAY HUKUK GENEL KURULU’NUN
19 EYLÜL 2019 TARİHLİ VE 2017/620 ESAS, 2019/914 KARAR
SAYILI KARARININ İNCELENMESİ**

*Review Of The Decision Of The General Assembly Of Civil Chambers
Of The Court Of Cassation, Dated 19 September 2019 And Numbered
2017/620 E., 2019/914 K.*

Kürşat GÖKTÜRK*
Cihan YALÇIN**

Özet

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 19 Eylül 2019 tarihli ve 2017/620 E., 2019/914 K. sayılı kararında bir tarafın tacir ve diğer tarafın tüketici olduğu ve ticarî iş niteliğindeki araç satış sözleşmesinden doğan ayıba ilişkin uyumsuzlukta avans faiz istenebileceğine karar vermiştir. Bu çalışmada Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun anılan karardaki değerlendirmesi, ilgili hükümlerin lafzı ve amacı ile öğretilerdeki görüşler doğrultusunda incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu”, “ticarî iş”, “tüketici işlemi”, “avans faiz”, “ayıplı mal”.

Abstract

In its decision dated 19 September 2019 and numbered 2017/620 E., 2019/914 K., the General Assembly of Civil Chambers of the Court of Cassation decided that advance interest may be requested in the dispute regarding the defect arising from the vehicle sales contract, where one party is a merchant and the other party is a consumer, and which is a mercantile transaction. In this study, the legal assessment of the General Assembly of the Court of Cassation in the aforementioned decision will be analysed in line with the literal and purpose of the relevant provisions and the opinions in the doctrine.

Keywords: “The General Assembly of Civil Chambers of the Court of Cassation”, “mercantile transaction”, “consumer transaction”, “advance interest”, “defective goods”.

* Prof. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, e-posta: kursat.gokturk@hbv.edu.tr, ORCID: 0000-0003-0507-1943

** Arş. Gör., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, e-posta: cihan.yalcin@hbv.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8785-2956

I- OLAY VE İNCELEMAYA TABİ UYUŞMAZLIK KONUSU

Karara konu uyumsuzluk, bir satış sözleşmesinde edim konusu aracın ayıplı olduğu iddiasından kaynaklanmaktadır. Karara göre davacı 17 Ekim 2010 tarihinde davalılardan N. Oto A.Ş.'den 2011 model bir araç satın almıştır. Davacı ithalatçı şirketin resmî internet sitesinde aldığı aracın USB bağlantı, kırmızı kapı içi aydınlatmaları, hava kalite sensörü, iklim kontrollü çift bölgeli klima vb. özellikleri olduğunun belirtilmesine rağmen teslim edilen araçta sayılan özelliklerin olmadığını iddia etmekte ve bu nedenle de aracı ihtirazi kayıtla teslim aldığı beyan etmektedir. Anılan ayıp iddialarının yanında yağışlı bir havada seyir hâlindeyken aracın ön kısmından su girdiğini fark eden davacı, yetkili servis aracılığıyla durumu tespit ettirmiştir. Davacı, ayıpların giderilmesine ilişkin başvurularının sonuçsuz kalması üzerine araçtaki ayıp nedeniyle dönme hakkını kullanarak ödemiş olduğu bedelin avans faiz ile davalılardan alınarak tarafına ödenmesi için tüketici hakem heyetine başvurmuştur.

II- MERCİLERİN KONU HAKKINDAKİ ÇÖZÜM TARZI

A- İlk Derece Mahkemesi'nin Kararı

Tüketici hakem heyetinin kısmî kabul kararı üzerine her iki tarafın itirazı sonucu uyumsuzluk ilk derece mahkemesi sıfatıyla Bursa Tüketici Mahkemesince incelenmiştir. Mahkeme, resmî internet sitesinde belirtilen özelliklerin araçta olmamasını ayıp olarak değerlendirerek araçtaki eksikliklerin giderilebileceği gerekçesiyle bedel iadesini talebini reddetmiş ve araçtaki eksiklikler nedeniyle 3.500,00 TL'nin ve dava tarihinden itibaren işletilecek *yasal faizin* davacıya ödemesine karar vermiştir. Ancak İlk Derece Mahkemesi'nin kararında aracın su alması ile ilgili bir değerlendirme bulunmamaktadır.

B- Özel Daire'nin Kararı

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, İlk Derece Mahkemesi kararını, aracın su alması ile ilgili bir değerlendirme yapılmaması gerekçesiyle bozmuştur. Ayrıca Özel Daire davalıların tacir ve taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi olması nedenleriyle mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu¹ m. 21/2 (TTK² m. 19/2) hükmünün uygulanarak uyumsuzluğun ticarî iş niteliğinde olduğunun

¹ RG, 09.07.1956, S. 9353. Bundan sonra "TTK¹⁹⁵⁶" olarak anılacaktır.

² 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (RG, 14.02.2011, S. 27846).

kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Bu doğrultuda uyuşmazlıkta 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun³ m. 2/2’de düzenlenen avans faize hükmedilmesi gerekirken yasal faize hükmedilmesini kanuna aykırı bularak İlk Derece Mahkemesi’nin kararını bozmuştur.

C- Hukuk Genel Kurulu’nun Kararı

İlk Derece Mahkemesi’nin Yargıtay 13. Hukuk Dairesi’nin ilk bozma sebebine uymasına karşılık ikinci bozma sebebine direnmesi üzerine uyuşmazlık Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’na intikal etmiştir. Dolayısıyla Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun önüne gelen hukukî sorun uyuşmazlıkta avans faiz talep edilip edilemeyeceğinden ibarettir. Genel Kurul değerlendirmesinde, 27 Haziran 2019 tarih, 2017/608 Esas ve 2019/810 Karar sayılı kararına gönderme yaparak taraflar arasında satış sözleşmesinin yapıldığını, davalıların TTK¹⁹⁵⁶ m. 18 doğrultusunda tacir ve ilişkinin ticarî iş niteliğinde olduğu bir uyuşmazlıkta tüketicinin avans faizi isteyebileceği sonucuna vararak İlk Derece Mahkemesi’nin direnme kararını bozmuştur⁴.

III- DEĞERLENDİRME

Yukarıda görüldüğü üzere, uyuşmazlık davacı tüketici lehine avans faize hükmedilip edilemeyeceğine ilişkindir. Bu bağlamda sözleşme ilişkisinin ticarî iş niteliğinde olup olmadığı değerlendirilmelidir. Zira avans faiz ticarî işe bağlanan bir sonuçtur.

İncelemeden önce iki hususun belirtilmesi gerekmektedir. Bunlardan ilki, karara konu uyuşmazlığın öğretide de tartışmalı olduğudur. İlk görüşe göre avans faizine hükmedilmeyip adi faize ilişkin esasların uygulanması gerekmektedir⁵. İkinci görüş ise ticarî işin şartları sağlandığı takdirde avans

³ RG. 19.12.1984, S. 18610.

⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun bu yöndeki diğer kararları için bkz.YHGK, 27.06.2019, E. 2017/608, K. 2019/810; YHGK, 19.09.2019, E. 2017/620, K. 2019/914; YHGK, 26.02.2020, E. 2017/558, K. 2020/234; YHGK, 26.02.2020, E. 2017/558, K. 2017/234. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>, erişim tarihi: 01.10.2023).

⁵ Göktürk K, “Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, S. 2, 2015, s. 40-41; Bahtiyar M/Biçer M, “Adi İş/Ticari İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S. 3 (Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan), 2016, s. 419 ve fakat yazarlar incelemelerinde tüketici sözleşmelerinde alacaklı veya borçlunun para borcunun doğduğu hâllerde ticarî temerrüt faizinin istenebileceğini de kabul etmektedir (s. 421); Arkan S, *Ticari İşletme Hukuku*, 27. Bası, s. 86-87; Helvacı M/Kaya A (Ülgen H/ Nomer Ertan N F), *Ticari İşletme Hukuku*, 6. Bası, 2019, s. 98-99; Şener O H, *Ticari İşletme*

faizin talep edilebileceğini savunmaktadır⁶.

Belirtilmesi gereken diğer husus ise uyuşmazlığın 2011 yılında gerçekleştiğidir. Zira bu dönemde yürürlükte olan düzenlemeler mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve mülga 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun⁷'dur. Dolayısıyla incelememiz bu ekseninde yapılacak olup varılan sonuçlar daha sonra yürürlükte olan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun⁸ hükümleri karşısında değerlendirilecektir.

Yukarıda ifade edildiği üzere, incelememize konu olan uyuşmazlık, tüketicinin ticarî faiz talep edip edemeyeceğidir.

Ticarî faiz, ticarî işin mevcudiyetine bağlı bir sonuç olduğundan (bkz. 3095 S.K. m. 2/2), konunun ticarî iş boyutuyla incelenmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle, öncelikle ticarî işin mevcut olduğu kabul edilmelidir ki, ticarî işler hakkındaki faiz hükümleri tatbik edilebilsin.

1956 tarihli TTK'nın ticarî işi düzenleyen maddeleri, Kanunun 3 ve 21'inci maddeleridir. Anılan maddeler uyarınca TTK¹⁹⁵⁶'da düzenlenen hususlarla kısaca ticarî işletmeyi ilgilendiren hususlar ticarî işe vücut verir. Keza tacirin borcu ticarî işe vücut verdiği gibi, taraflardan biri için ticarî nitelikte olan sözleşmeler, kanunda aksine hüküm yoksa, işi karşı taraf için de ticarî hâle getirir.

Bir işin ticarî olmasının en önemli sonucu, o iş hakkında ticarî hükümlerin uygulanmasıdır (TTK m. 1/2). Bu sonuç da eklenerek ticarî iş meselesi tetkik edildiğinde, esasında TTK'nın “ticarî iş” tabirinden muradın, “hukuken

Hukuku, 2016, s. 102; Çıtır E, “Ticari İş - Tüketici İşlemi İlişkisi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XX, S. 3, 2016, s. 48-49. Narbay Ş/Akkuş M, “Ticari İş Niteliğinin Belirlenmesi ve Ticari İş-Tüketici İşlemi Ayrımı”, *Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan*, 2019, s. 862; Akkuş M, *Ticari İş Kavramı ve Ticari İşlerde Faiz*, 2021, s. 97, 142-143.

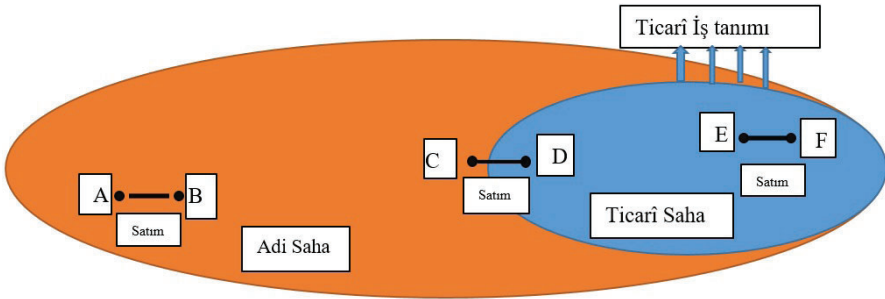
⁶ Yağcı K, “Anapara Faizi ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK m. 88 ve TBK m. 120 Hükümlerinin Ticari Faizler (TTK m. 8 ve TTK m. 9) Bakımından Uygulanabilirliği”, *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXXI, S. 2, 2013, s. 429, 436; Ayhan R/Çağlar H/Özdamar M, *Ticari İşletme Hukuku*, 15. Bası, 2022, s. 48-49; Atamer M Y/Baş E, “Avrupa Birliği ile Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayrıptan Sorumluluk”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 88, Özel S.1, 2014, s. 48; Aydoğdu M/Kahveci N, *Tüketici Hukuku*, 2021, s. 259; Çabri S, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 2. Bası, 2021, s. 339.

⁷ RG, 08.03.1995, S. 22221. Bundan sonra “TKHK¹⁹⁹⁵” olarak anılacaktır.

⁸ RG, 28.11.2013, S. 28835. Bundan sonra “TKHK” olarak anılacaktır.

ticaret” olduğu sonucuna ulaşılır. Başka bir ifadeyle hukukumuzda “*ticaret*” kavramı, bir faaliyet olması münasebetiyle “*ticarî iş*” adı altında tanımlanmıştır (Hukuken Ticaret = Ticarî İş). Bu sebeple hukukumuzda “*ticaret*” kavramının, hukukî açıdan tanımlanmış olduğunu kabul etmek gerekir.

Ticaret kavramının hukukî açıdan tanımlanması, yapılan işin hukuken tabi olduğu hükümleri değiştirmesi nedeniyle önemlidir. Zira günlük hayatta gelir getirmeye yönelik tüm faaliyetlerin ticaret kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Ancak kanun koyucu, tüm gelir getirici faaliyetleri ticaret kapsamında nitelendirilemeyeceği, bunların belirli nitelikleri taşıyanlarının ticaret (ticarî iş) niteliği taşıyıp, özel hükümlere tabi olacağı esasını kabul etmiştir. Bir örnekle izah etmek gerekirse, 100 TL’ye otomobil satın alıp bir süre kullandıktan sonra bunu 110 TL’ye satan (A) şahsı, gelir elde etmiştir. Günlük hayatta bu kişinin ticaret yapıp para kazandığı söylenilebilecektir. Fakat gelir elde etmeye yönelik bir faaliyet bulunmasına rağmen, kanun koyucu bu satışa ticarî hükümlerin tatbikini arzu etmemektedir. Zira Kanunun ticaret (ticarî iş) tanımına giren bir işlem söz konusu değildir. Oysa aynı satım faaliyetini sürekli olarak gerçekleştiren bir kişi bulunsaydı, bu kişinin gerçekleştirdiği faaliyet, ticarî işletme faaliyeti olması münasebetiyle hukuken ticaret (ticarî iş) olarak nitelendirilebilecek ve bu faaliyete ticarî hükümler uygulanabilecekti. Bu örnekten hareket edildiğinde, aynı faaliyetin hukuken ticaret sayılması ve sayılmamasının ihtimal dâhilinde olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Gelir getirici olmasına rağmen, işlemin ticari vasıf taşıması mümkündür. Günlük hayatta gerçekleştirilen pek çok işlem, gelir getirici olmasına rağmen, yasanın ticaret (ticarî iş) tanımıyla uyumlu olmadığı için ticarî hükümlere değil, adi hükümlere tabidir.



Yukarıdaki tabloda görüleceği üzere, adi ve ticarî sahayı ayıran çizgi, Kanunun ticarî iş (ticaret) hakkında yaptığı tanımdır. Bu tanım, aynı zamanda uygulanacak hükmün adi mi yoksa ticarî mi olduğunu da belirlemektedir. Eğer tanımın bünyesinde kalan, mesela ticarî işletme ile ilgili olma özelliğini tartışmasız şekilde taşıyan bir iş varsa ticarete ilişkin hükümler, aksi durumda adi hükümler uygulanacaktır. Ancak bazı durumlarda yapılan iş, taraflardan biri için adi, diğeri için ticarî nitelik taşıyabilir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelen ihtilaf, bu özellikteki bir olayla ilgilidir. Taraflardan birinin ticarî işletmesi mevcut iken, diğerk taraf tüketici konumundadır (Yukarıdaki tabloda C-D arasındaki ilişki). Acaba böyle bir durumda hangi hükümler uygulanılacaktır.

Özel Daire ve HGK bu sorunun çözümü bakımından, ticarî iş karinesine dair hükümlerden hareket etmiştir. Bu kapsamda davaya konu iş, davalıların ticarî işletmesiyle alakalı olduğundan, davalılar açısından ticarî iş niteliği taşıdığı kabul edilmiştir. TTK¹⁹⁵⁶ m. 21/2 “[t]araflardan yalnız biri için ticari iş mahiyetinde olan mukaveleler, kanunda aksine hüküm olmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır” hükmünü içermekte ve ticari iş karinesi sevk etmektedir. Özel Daire ve HGK, TTK¹⁹⁵⁶ m. 21/2 uyarınca, sözleşmenin işi karşı taraf için de ticarî yaptığını kabul ederek, tüketicinin ticarî işlerde temerrüt için öngörülen avans faiz oranından yararlanabileceği sonucuna varmıştır.

Kanaatimizce Özel Daire ve HGK tarafından ulaşılan sonuca iştirak etmek mümkün değildir. Zira tarihî, sistematik ve amaçsal yoruma dayalı olarak ulaşılan gerekçeler, farklı yönde sonuca varılmasını haklı göstermektedir. Kanaatimizi gerekçelendirmek bakımından, öncelikle meselenin tarihî boyutuyla incelenmesi gerekir.

TTK¹⁹⁵⁶ m. 21/2 hükmünde, sadece sözleşmeler (mukaveleler) esas alınmış olup, öncelikle neden sadece sözleşmelere vurgu yapıлып, diğerk borç kaynaklarının hükmün kapsamına alınmadığının tespiti gerekir. Bu soruya cevap verebilmek için, 865 sayılı ve 1926 tarihli Ticaret Kanunu hükümlerinin tetkik edilmesi icap eder. 865 sayılı Kanunun 23'üncü maddesine göre⁹, taraflardan biri için ticarî nitelik taşıyan sözleşmeler için, aksine kanunda düzenleme bulunmadığı takdirde Ticaret Kanunu hükümleri uygulanacaktır. 865 sayılı Kanun bakımından kapsamın sözleşmelerle sınırlanması makul

⁹ “Bir akit tarafeynden yalnız biri için ticarî olsa dahi, hilâfına kanunda sarahat olmadıkça bilcümle âkitlerin akdi mezburdan mütevellit borçları hakkında kanunu ticaret ahkâmı tatbik olunur”.

bir yaklaşımdır. Zira 1926 tarihli Kanunun yürürlükte olduğu dönemde aynı sözleşme için hem Borçlar Kanunu'nda hem Ticaret Kanunu'nda hükümler sevk edilmişti. Başka bir ifadeyle, mesela satım sözleşmesi hem Borçlar Kanunu'nda hem de Ticaret Kanunu'nda düzenlenmekteydi. Bu sözleşmeyi Ticaret Kanunu hükümlerine tabi bir şahıs ile tabi olmayan bir şahıs birlikte akdettiklerinde, aynı sözleşme hakkında hüküm sevk eden hangi kanunun hâkim tarafından uygulanacağı belli değildi. Ticaret Kanunu bu sorunu, kendi lehine çözüme bağlamıştı. Kanun'da diğer borç kaynaklarının değil, bunlardan münhasıran sözleşmelerin vurgulanması bu sebeple izah olunabilir. 1956 tarihli TTK bünyesinde ise Borçlar Kanunu'nun düzenlediği sözleşmelere ilişkin hükümlere yer verilmemiş, sözleşme hukukunun Borçlar Kanunu bünyesinde tek vücut hâlinde düzenlenmesi prensibi esas alınmıştır. Bu bakımdan, 1956 tarihli TTK'da sevk edilen hükümde, ticarî iş niteliğindeki sözleşmenin, işi karşı taraf için de ticarî yaptığı yönünde, borç kaynağı açısından sınırlama yapılmasına esasında gerek yoktur¹⁰. Ancak kanun koyucunun tercihi, eskiden olduğu gibi, ticarî işin sözleşmelerle sınırlı bir şekilde karşı tarafın işine etkide bulunmasına yönelmiştir.

Sözleşmenin, işi karşı taraf için de ticarî kılmasına yönelik TTK¹⁹⁵⁶ m. 21/2 hükmü, iki yönden hususiyet arz eder. İlki, bir işin ticarî nitelik taşıyıp taşımadığının her bir taraf açısından değerlendirilmesi gereğine dikkat çekmesidir. İkincisi, bu hükmün uygulanmasının, kanunda aksine hüküm bulunmamasına bağlı olmasıdır.

TTK¹⁹⁵⁶ m. 21/2 hükmü çerçevesinde dikkat çeken ilk özellik, bir işin her bir tarafı açısından ticarî olup olmadığına yönelik değerlendirme yapmaya müsait olduğudur. Bu bakımdan taraflardan biri için iş ticarî nitelik addedip, diğeri için bu niteliği haiz olmayabilir. Bu tür bir durumda, taraflara ticarî olan ve olmayan hükümlerden hangisinin uygulanacağını belirlenmesi bir sorun olarak ortaya çıkar. Kanun koyucu bu sorunu sözleşmeler bakımından çözüme bağlamış ve ticarî hükümlerin uygulanması esasını benimsemiştir. Ancak bu sonuca varılabilmesi için kanunda aksine bir hükmün bulunmaması gerekmektedir. Öğretide aksi yöndeki hükmün, uygulanmasını ilgili ya da her iki taraf için de ticarî iş koşuluna bağlayan hükümler olduğu görüşü

¹⁰ Göktürk (2015), s. 26-27; Göktürk K (Can M Ç/Kaşak E), *Ticari İşletme Hukuku*, 2021, s. 14. *Kırca*, haklı olarak sözleşmeler tarafından yapılan bu sınırlandırmanın kaldırılması gerektiği kanaatinde. *Kırca İ*, "Ticari İş ve Ticari Hükme Dair", *Batider*, C. XXXIV, S. 3, 2018, s. 11.

savunulmaktadır¹¹. Bu kapsamda mesela, bileşik faiz uygulaması için işin borçlu bakımından ticarî iş olması gerekir (TTK¹⁹⁵⁶ m. 8/2). Bu hâlde arada sözleşme bulunması, işi borçlu bakımından ticarî kılmak için yeterli değildir. Başka bir ifadeyle TTK¹⁹⁵⁶ m. 21/2 hükmüne dayalı olarak, sözleşmenin borçlu bakımından da ticarî iş niteliği taşıdığı yönünde bir sonuca varılamaz. Ancak, aksi yönde hüküm, sadece taraflardan biri ya da ikisiyle ilgili özel olarak ticarî iş vurgusu yapan hükümlerle sınırlı değildir. Aksi yöndeki hükmün bir diğer örneğini, gerçek kişi tacirin borcuyla ilgili hüküm teşkil etmektedir. TTK¹⁹⁵⁶ m. 21/1 hükmü uyarınca eğer gerçek kişi tacir, taraf olduğu işlemin ticarî işletmesiyle ilgili olmadığını belirtir veya hâlin icabından bu durum anlaşılırsa hukukî ilişkinin onun açısından ticarî iş olmadığı kabul edilir. Bu maddede Kanunun ticarî kabul etmediği bir işlem söz konusudur. Dolayısıyla, bahsi geçen işlemin bir sözleşmeden kaynaklandığı, bu nedenle tacir için adi nitelik taşısa da karşı taraf için ticarî nitelik taşıyorsa, işin tacir için de ticarî olduğu yönünde bir sonuca gidilemeyecektir. Zira işin ticarî olmadığı, adi nitelik taşıdığı yönünde aksi yönde bir kanun hükmü bulunmaktadır. Aslında bu hüküm, gerçek kişi tacirin tüketici sıfatıyla yaptığı işleri kapsamaktadır. Bu bakımdan, Özel Daire ve HGK kararında bu konuda bir tartışma yapılmaksızın işin ticarî nitelik taşıdığı yönünde bir değerlendirme yapılması isabetli değildir.

Hukuk Genel Kurulu tarafından varılan sonucun isabetli olmadığını gösteren gerekçe, bahsedilen hükümle sınırlı değildir. Karara konu olan olay döneminde yürürlükte bulunan tüketici mevzuatı da benzer sonuca varmayı gerektirmektedir. Karardan anlaşıldığı üzere davacı aracı kişisel kullanımı için satın almıştır. TKHK¹⁹⁹⁵ m. 3/1 k bendine göre tüketici “[t]jicari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlanmıştır. Aracın kişisel kullanım amacıyla satın alınmış olması nedeniyle davacının ticarî veya meslekî amacının olmadığı söylenebilir. Buna karşılık davalılardan birinin aracın satın alındığı tüzel kişi tacir olduğu dikkate alındığında bu kişinin aynı kanun bakımından satıcı olduğu sonucuna varılabilir¹². Zira TKHK¹⁹⁹⁵ m. 3/1 i bendinde satıcı “[k]amu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari

¹¹ Arslanlı H, *Kara Ticareti Hukuku Dersleri*, 3. Bası, 1960, s. 24; Karayalçın Y, *Ticaret Hukuku, I. Giriş-Ticarî İşletme*, 3. Bası, 1968, s. 146; Arkan (2021), s. 75-76; Poroy R/ Yasaman H, *Ticari İşletme Hukuku*, 17. Bası, 2018, s. 77.

¹² Öğretimde tüzel kişi tacirlerin tüketici olup olmayacağı hususu tartışmalıdır. Bu tartışma için birçokları yerine bkz. Yücer Aktürk Z İ, “Tüzelkişi Tacirin Tüketici Sıfatı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XX, S. 2, 2016, s. 112 vd.; Ayhan/Çağlar/Özdamar (2022), s. 25-26; Akkuş (2021), s. 128 vd.; Yalçın C, *Ticarî Dava ile Tüketici Davası Arasındaki İlişki*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2022, s. 54-56, 58-60.

veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi” şeklinde ifade edilmiştir. Tüzel kişi tacirin şahsi alanı olmadığı ve ticaret şirketlerinin gelir elde amacıyla kurulduğu dikkate alındığında sözleşmenin diğer tarafı olan davalının satıcı olduğundan şüphe duyulmaması gerekmektedir. TKHK¹⁹⁹⁵ m. 3/1 1 bendinde de tüketici işlemi “[m]al veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem” olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla tüketici ile satıcı arasında gerçekleşen her türlü hukukî işlem tüketici işlemi niteliği taşıdığı için, uyuşmazlıktaki sözleşme ilişkisinin tüketici işlemi olduğu söylenebilir. Bu noktada bir işlemin tüketici işlemi sayılması ticarî iş olmasına engel mi? sorusu akla gelebilir. Bu soruya, ilk etapta işin aynı anda her iki niteliği taşıyabileceği yönünde cevap verilebilir. Ancak, yukarıdaki tabloda basitleştirerek izah etmeye çalıştığımız üzere, işin adi veya ticarî olarak nitelendirilmesi, işe uygulanacak hükümlerin değişmesine yol açmaktadır. Bir işe aynı anda birbirinden farklı iki hüküm uygulanmayacağından, bir işin aynı anda taraflarından biri için hem ticarî hem tüketici işlemi olması mümkün değildir¹³. Ortada bir sözleşme bulunmasına ve bu sözleşme satıcı bakımından ticarî nitelik taşımasına rağmen, TTK m. 21/2 hükmü, bu işi tüketici bakımından ticarî kılmaya elverişli değildir. Zira TKHK’da aksi yönde hüküm bulunmaktadır. Anılan kanun, tüketici hakkında kendi hükümlerinin uygulanacağını, hüküm bulunmayan hâllerde genel hükümlerin uygulanacağını öngörmektedir (TKHK¹⁹⁹⁵ m. 30). Genel hükümlerden maksadın ticarî hükümler değil, adi hükümler olduğu hususunda tereddüt duyulmamalıdır.

Gelinen aşamada, yukarıda resmetmeye çalıştığımız tabloyu somut olaya uygulayacak olur isek, şöyle bir sonuca ulaşılmaktadır: Satıcı (D) için bu iş ticarî niteliktedir. Ticarî işlerde temerrüt hâlinde nitelikli faiz olan avans faizi talep edilebilir. Buna karşın iş, alıcı (C) bakımından adi niteliktedir. Arada bir sözleşme olması, işi alıcı (C) açısından ticarî kılmaya elverişli değildir, zira bu hâlde aksi yönde bir hüküm, alıcı (C) açısından genel hükümlerin

¹³ Göktürk (2015), s. 41; Göktürk (Can/Kaşak) (2021), s. 17; aksi yönde bkz. Yağcı (2013), s. 427, 428; Arkan (2021), s. 74; Bozer A/Göle C, *Ticari İşletme Hukuku*, 7. Bası, 2021, s. 43, 44; Ayhan/Çağlar/Özdamar (2022), s. 49; Narbay/Akkuş (2019), s. 861 ve fakat yazarlar çalışmanın müteselsil sorumluluğa ilişkin kısmında ticarî iş ve tüketici işlemi kavramlarının birlikte var olamayacağını belirlemektedir, s. 864; Akkuş (2021), s. 141.

uygulanmasını gerektirmektedir. Genel hükümler, adi nitelikteki hükümler olduğundan, temerrüt hâlinde, ticarî işlerde uygulanan nitelikli faiz oranı olan avans faizin, alıcı (C) tarafından talep edilmesi mümkün değildir. Görüldüğü üzere, işin taraflardan biri için adi diğeri için ticarî nitelik taşıması hâlinde, hangi hükmün uygulanacağı sorunu çözülememektedir. Bu sorunu çözmek için, kanunun sistematik ve amaçsal yorumundan da istifade edilmelidir.

Tarihî boyutu dikkate alınarak konuya sistematik açıdan yaklaşıldığında, varılan sonuç tüketiciler hakkında ticarî hükümlerin uygulanmasının mümkün olmadığıdır. Bu sonuç, tüketici hakkında, yasada boşluk bulunan hâllerde genel hükümlerin uygulanmasının öngörülmesiyle tezahür etmektedir (TKHK¹⁹⁹⁵ m. 30). Mezkur yaklaşım, yürürlükteki TTK'da daha somut bir şekilde yinelenmiştir. TTK'nın oran serbestisi ve bileşik faizin şartları matlaplı 8'inci maddesi, ticarî işlerde faiz oranının serbestçe belirleneceğini öngördükten sonra, tüketicinin korunmasına ilişkin hükümleri saklı tutmuştur. Tüketicinin korunmasına ilişkin hükümlerden maksadın TKHK olduğu öğretide kabul edilmektedir. Anılan Kanun'da da boşluk bulunan hâllerde genel hükümlerin uygulanacağı öngörülmüştür (TKHK¹⁹⁹⁵ m. 30; TKHK m. 83/1). TKHK'da bahsi geçen genel hükümlerin, ticarî işlerle ilgili hükümler olabileceği öğretide savunulmakla birlikte¹⁴, kanaatimizce bu fikre iştirak etmek mümkün değildir. Zira bu fikre iştirak edilmesi hâlinde şu sonuçlarla karşılaşılacaktır: Öncelikli olarak TTK m. 8'in tüketici mevzuatına atfı sonrasında, TKHK'nın 83'üncü maddesinin genel hükümlere atfını, ticarî işlere dair hükümlerin uygulanması şeklinde anlayacak olur isek, TKHK'nın "genel hükümlerin uygulanmasını" öngörerek yeniden bizi TTK m. 8'e yönlendirdiğini kabul etmemiz gerekir. Bu karşılıklı atıflaşma, sonsuza kadar devam eder. Oysa, TTK hükmü, tüketici hakkındaki mevzuatın uygulanması gereğini özel olarak belirterek, ticarî hükümlerin bu kişiler hakkında tatbik kabiliyetinin bulunmadığını hükme bağlamıştır. İkinci olarak hükmün gerçek anlamının somut örneği, aynı madde esas alındığında zaten ortaya çıkmaktadır. TTK m. 8/1 uyarınca, ticarî işlerde hem anapara hem de temerrüt faiz oranının serbestçe belirlenmesi mümkündür. HGK kararına konu olan ihtilaf bağlamında ve bu görüş çerçevesinde mesele değerlendirilecek olur ise; tacir satıcı, tüketiciden olan alacağı için sözleşmeyle mesela % 100 oranında yıllık temerrüt faizi kabul ettirebilirdi. Bu fikre göre kararlaştırılan oran geçerli bir orandır. Zira aradaki sözleşme, işi tüketici bakımından da ticarî kılmıştır, TTK m. 8/3 tüketici mevzuatını saklı tutmuştur

¹⁴ Yağcı (2013), s. 436; Ayhan/Çağlar/Özdamar (2022), s. 48-49; Atamer/Baş (2014), s. 48; Aydoğdu/Kahveci (2021), s. 259; Çabri (2021), s. 339.

ve tüketici mevzuatı genel hükümlerin uygulanmasını öngörmek suretiyle yeniden ticarî hükümlerin tatbiki gerektiğini hüküm altına almıştır. O hâlde kararlaştırılan oran geçerli bir orandır. Kanaatimizce böyle bir fikre iştirak etmek mümkün değildir. Tüketici mevzuatı, güçsüz konumda olan tüketiciyi koruma amacıyla şekillenir. Kanunun amaç maddesi bir tarafa bırakılacak olsa bile, konuyla ilgili kanunun isminden bile bu sonuç doğal olarak çıkar. Kamu yararı mülahazasıyla şekillenen hükümler emredici mahiyet arz eder ve ticarî saha gibi, tarafların kendi menfaatlerini koruyup gözetebileceği düşüncesiyle şekillenen mevzuatın, tüketiciler hakkında genel hüküm olarak uygulanmasına engel teşkil eder. TTK'nın tüketici hakkındaki bu sistematik yaklaşımı da hem sözleşmelerin işi tüketici açısından ticarî kılan TTK hükmünün hem de genel hüküm olarak ticarî hükümlerinin tüketici açısından uygulanamayacağını göstermektedir.

Yukarıda HGK kararına konu olan olay bağlamında, tüketici işlemi açısından tüketici işlemlerine dair hükümlerin; ticarî iş hakkında ticarî işlere dair hükümlerin uygulanması gerektiği belirtilmişti. Ancak iki hükmün aynı anda tatbik kabiliyeti bulamayacak kadar birbirine ters olmasından ötürü bir çözüm bulunması gereği vurgulanmıştı. İşte tarihî ve sistematik yaklaşım, bu hükümlerden adi nitelik taşıyanların emredici karakteri nedeniyle üstünlüğünü ve uygulama önceliğini ortaya koymaktadır.

Amaçsal yönden de tüketiciler hakkında yüksek faiz hükümlerinin tatbik kabiliyeti bulunmamaktadır. Zira, yukarıdaki tabloda adi ve ticarî iş sahasının sınırını belirleyen, ticarî iş tanımı olduğu vurgulanmıştı. Tüketici mevzuatıyla birlikte mesele değerlendirildiğinde, kanun koyucu adeta, “*tüketici ile karşılaştığınız takdirde, artık yapmış olduğunuz iş gelir getirmeye matuf olsa da, hukuken ticari nitelikte değildir*” yaklaşımıyla hareket etmektedir. Yani karşı tarafın tüketici olduğu durumlarda, TTK¹⁵⁶ m. 21/2 uyarınca işin ticarî iş olarak nitelendirilmesini engelleyecek bir gaye ortaya konulmuştur. Tüketici işlemlerinde genel hükümlerin uygulanmasının öngörülmesi suretiyle tezahür eden bu gaye, yüksek ticarî faizin, ancak hukukî anlamda ticaret (ticarî iş) sahasında kullanılacak bir yaptırım olduğunu ortaya koymaktadır. Ticaret hukukunun hız gerektiren yapısında faiz yaptırımı, ancak bu sahanın içerisinde kalan iş ve işlemler bakımından tatbik kabiliyeti bulabilir¹⁵. Kanun koyucunun ticaret sahası bakımından sınır olarak tüketici işlemi esas aldığı bir yapıda, bu sınırın ötesinde kalan işlemleri dolaylı biçimde bu sahanın içerisine

¹⁵ Göktürk (Can/Kaşak) (2021), s. 16, dn. 19.

çekmek, kanun koyucunun amacı ile bağdaşmaz. Ticarî işlerde temerrüt durumu bakımından yüksek faiz talep imkânı veren 3095 sayılı Kanun'da her ne kadar bir taraf için ya da iki taraf için ticarî iş olma vurgusu yapılmısa da, bir taraf için ticarî iş niteliği taşıyan bir işlemin, diğer tarafının tüketici olması hâlinde, ticarî sahanın ötesinde olan bir işlemin sözkonusu olduğunu kabul etmek gerekir. Bu nedenle, tüketicinin tarafı olduğu ve karşı taraf açısından ticarî nitelik taşıyan sözleşmelerde, tüketici yüksek orandaki avans faizi talep edemeyeceği gibi, tüketiciden de avans faizi talep edilemez.

Sonuç olarak TTK¹⁹⁵⁶ m. 21/2 fıkrasının lafzı ve amacı yorumumuzu destekler niteliktedir. Dolayısıyla Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca bu tür bir yorumun kabul edilmemesinin en azından kararda açıklanması gerekirdi. Yukarıda yapılan karar tahlili yürürlükteki TTK ve TKHK bakımından da geçerlidir. Zira hükümler arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Hatta TKHK m. 83/2 fıkrasında diğer kanunlarda yer alan hükümlerin, işlemin tüketici işlemi vasfını etkilemeyeceği yönünde emredici bir hüküm yer almaktadır. İlgili hüküm yorumumuzu güçlendiren bir nitelikte olduğundan özellikle TBK, TTK ve TKHK döneminde tüketici ve tacirler arasında gerçekleşen sözleşme ilişkilerinde avans faizinin her iki tarafça da istenemeyeceği kabul edilmelidir.

KAYNAKÇA

- Akkuş M, *Ticari İş Kavramı ve Ticari İşlerde Faiz*, 2021.
- Arkan S, *Ticari İşletme Hukuku*, 27. Bası, 2021.
- Arslanlı H, *Kara Ticaret Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler*, 1960.
- Atamer M Y/Baş E, “Avrupa Birliği ile Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Sorumluluk”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2014, C. 88, Özel S.1, s. 19-60.
- Aydoğdu M/Kahveci N, *Tüketici Hukuku*, 2021.
- Ayhan R/Çağlar H/Özdamar M, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, 15. Bası, 2022.
- Bahtiyar M/Biçer L, “Adi İş/Ticari İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S. 3 (Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan), 2016, s. 395-436.
- Bozer A/Göle C, *Ticari İşletme Hukuku*, 7. Bası, 2021.
- Çabri S, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 2. Bası, 2021, s. 339.
- Çıtır E, “Ticari İş-Tüketici İşlemi İlişkisi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XX, S. 3, 2016, s. 37-52.
- Göktürk K, “Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIX, S. 2, 2015, s. 3-44.
- Göktürk K/Can M Ç/Kaşak E, *Ticari İşletme Hukuku*, 2021.
- Karayalçın Y, *Ticaret Hukuku I. Giriş - Ticari İşletme*, 3. Bası, 1968.
- Kırca İ, “Ticari İş ve Ticari Hükme Dair”, *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Dergisi*, C. XXXIV, S. 3, 2018, s. 5-17.
- Narbay Ş/Akkuş M, “Ticari İş Niteliğinin Belirlenmesi ve Ticari İş-Tüketici İşlemi Ayrımı”, *Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan*, 2019, s. 823-882.
- Poroy R/Yasaman H, *Ticari İşletme Hukuku*, 17. Bası, 2018.
- Şener O H, *Ticari İşletme Hukuku*, 2016.

Ülgen H/Helvacı M/Kaya A/Nomer Ertan N F, *Ticari İşletme Hukuku*, 6. Bası, 2019.

Yağcı K, “Anapara Faizi ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK m. 88 ve TBK m. 120 Hükümlerinin Ticari Faizler (TTK m. 8 ve TTK m. 9) Bakımından Uygulanabilirliği”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXXI, S. 2, 2013, s. 421-437.

Yalçın C, *Ticarî Dava ile Tüketici Davası Arasındaki İlişki*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2022.

Yücer Aktürk Z İ, “Tüzelkişi Tacirin Tüketici Sıfatı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XX, S. 2, 2016, s. 103-128.

**YARGITAY CEZA GENEL KURULU’NUN, E.2021/43,
K.2021/287 SAYILI VE 17.06.2021 TARİHLİ KARARININ
DEĞERLENDİRİLMESİ: AVUKATIN KAMU GÖREVLİSİ OLARAK
GÖRÜLMESİ MESELESİ ÜZERİNE BİR İNCELEME**

*Review Of Assembly Of Criminal Chamber Of The Court Of Cassation’s
Decision Dated 17.06.2021 And 2021/43-2021/287: An Examination On
The Lawyer’s Being Considered As A Public Official*

Osman Gazi ÜNAL*

Özet

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun bu kararına göre, avukat, müvekkilinin alacağını tahsil etmiştir. Tahsil edilmesine rağmen avukat, bu alacağı müvekkiline tevdi etmemiştir. Bu durumda avukatın cezai sorumluluğunu mütalaa etmek gerekir. Öncelikle burada, avukatın kamu görevlisi olarak kabul edilip edilmeyeceği ile ilgili bir soruna işaret edilmelidir. Avukat ile müvekkil arasında kurulan ilişkinin, kamu hukuku temelli mi yoksa özel hukuk temelli olduğu bu sorunla bağlantılıdır. Dolayısıyla bu çalışmada avukatın, zimmet suçundan mı yoksa güveni kötüye kullanma suçundan mı cezalandırılacağı sorusuna cevap aranmıştır. Akabinde müvekkil, ilgili alacağı cebri icra yoluyla tahsil etse bile avukatın etkin pişmanlıktan yararlanıp yararlanamayacağı konusuna da değinilmiştir. Çalışmada Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun bu kararı haricinde, konuyla ilgili diğer kararları da incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Avukat, Kamu Görevlisi, Zimmet, Güveni Kötüye Kullanma ve Etkin Pişmanlık

Abstract

According to this decision of the Assembly of Criminal Chamber of the Court of Cassation, the lawyer has collected the client’s receivables. Although it has been collected, the lawyer has not transferred this receivable to the client. In this situation it is necessary to consider the criminal liability of the lawyer. Primarily in here, a problem should be pointed out about whether the lawyer may be accepted as a public official or not. Whether the relationship between the lawyer and client is based on public law or private law is related to this problem. Therefore, in this study, answer

* Dr. Öğretim Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı,

e-posta: osman.unal@hbv.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3101-0645.

to the question of whether the lawyer will be punished for embezzlement or abuse of trust, has been sought. Afterwards, it has been mentioned whether the lawyer will benefit from effective remorse, even if the client collects relevant receivable by way of compulsory enforcement. In this study, apart from this decision of Assembly of Criminal Chamber of the Court of Cassation, other decisions on the subject have been examined.

Keywords: Lawyer, Public Official, Embezzlement, Abuse Of Trust and Effective Remorse.

GİRİŞ

Avukatın ahzu kabz yetkisine dayanarak tahsil ettiği paranın, alacaklı olan müvekkiline ödenmemesinin ceza hukuku sorumluluğuna dair Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararının değerlendirilmesidir.

I. OLAY

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun E.2021/43, K.2021/287 sayılı ve 17.06.2021 tarihli kararına konu teşkil eden olayda; A, 02.03.1994 tarihinden itibaren avukatlık mesleğini ifa etmektedir. Avukat A, müvekkili B adına, Karayolları Genel Müdürlüğü'ne karşı kamulaştırma bedelinin artırılmasına dair Çorlu Asliye Hukuk Mahkemesi'nde dava açar. Dosya üzerinden mahkeme, kısmen kabul kısmen ret kararını verir. Bu karar temyiz kanun yoluna konu olur. Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'nce 19.03.2009 tarih ve 450-4304 sayı ile ilgili karar onanır. Dosyanın kesinleşmesi üzerine Avukat A, müvekkili B lehine Karayolları Genel Müdürlüğü'ne yönelik faiziyle birlikte toplam 748.660,54TL'lik alacak için Beyoğlu İcra Müdürlüğüne müracaat ederek üzerinden icra takibinde bulunmuştur. Bu icra takibi neticesinde, 10.05.2010 tarih 2455 sayılı reddiyat makbuzu ile avukat A'ya icra vekâlet ücreti olarak 44.379TL; vekâletnamede bulunan ahzu kabz yetkisine dayanarak yine aynı tarih ve 2456 sayılı reddiyat makbuzu ile 747.905,76TL ödenmiş olur.

B, ahzu kabz yetkisine istinaden tahsil edilen bu paranın kendisine yaklaşık üç yıldır ödenmediğini ve toplam zararının 1.200.000,00TL civarında olduğunu belirterek suç duyurusunda bulunmuştur. Akabinde B; A aleyhine, 21.05.2014 tarihinde 1.231.593,00 TL tutarı üzerinden ilamsız takiplere ilişkin ödeme emrinin düzenlenmesi için Çorlu İcra Dairesi'ne talep evrakını sunmuştur. Açılan takip sonucunda A, B'ye 601.462,90 TL öder.

II. MERCİLERİN ÇÖZÜM ŞEKİLLERİ

İlk derece mahkemesi, avukat A'nın TCK'nın m. 247, f. 1, m. 248, f. 2, m. 62 ve m. 53, f. 1 ve f. 5. hükümleri uyarınca 2 yıl 1 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ve hak yoksunluğuna karar vermiştir. İlgili hükümler uyarınca ilk derece mahkemesi, avukatın zimmet suçunu işlediği yönünde karar vermiştir. Ayrıca paranın bir kısmının ödenmesi bağlamında etkin pişmanlık hükümlerini tatbik ederek cezada indirim yapmıştır.

İlk derece mahkemesine sunulan 27.11.2015 tarihli bilirkişi raporu oldukça dikkat çekicidir:

*“...Sanığın takip ettiği hukuk davası ilamını icra takibine konu ederek hem icra dairesi tarafından hesabına yatırılan 37.659 TL vekâlet ücretine, hem de tahsil edilen tutardan takip giderleri ile faiz dahil akdi vekâlet ücreti düşüldükten sonra kalan tutarın %10-20'si arasında hesap edilecek akdi vekâlet ücretine hak kazandığı, **sanığın katılana iadesi gereken en düşük meblağın müvekkil adına tahsil edilen 747.905,76 TL, en düşük avukatlık ücretinin 144.124,04 TL, iadesi gereken en yüksek tutarın 603.781,72 TL olduğu, sanığın katılana iadesi gereken en düşük meblağın ise müvekkil adına tahsil edilen 747.905,76 TL, en düşük avukatlık ücretinin 247.291,89 TL, iadesi gereken en düşük tutarın ise 500.613,87 TL olduğu***

Anlaşılmaktadır.”

Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 17.09.2020 tarih ve 9173-12292 sayı ile;

“Sanığın suça konu zimmet miktarını cebri icra yoluyla ödediği, gönüllü ödemedede bulunmadığı, buna bağlı olarak da yasal şartları oluşmadığı hâlde hakkında TCK'nın 248. maddesindeki etkin pişmanlık hükmünün uygulanması,

Anayasa Mahkemesinin 08.10.2015 tarihli ve 2014/140 esas, 2015/85 sayılı kararının 24.11.2015 tarihli ve 29542 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olması nedeniyle TCK'nın 53/1. maddesiyle ilgili olarak yeniden değerlendirme yapılmasında zorunluluk bulunması, TCK'nın 53/1-e maddesindeki hak ve yetkilerin kötüye kullanılması suretiyle atılı suçu işleyen sanık hakkında aynı Kanun'un 53/5. maddesi uyarınca, ayrıca, cezasının infazından sonra işlemek üzere hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkileri kullanmasının yasaklanmasına karar verilmesi yerine sadece ‘...avukatlık mesleğini yapmaktan yasaklanmasına’ şeklinde sınırlı uygulama yapılması”

gerekçeleriyle ilk derece mahkemesinin kararını oy çokluğu ile bozmuştur. Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin hak yoksunluklarına ilişkin açıklamaları bir yana, somut olayda avukatın işlemiş olduğu suçun zimmet suçu olduğuna vurgu yapılmıştır.

Karşı oy yazısında:

“Yasa koyucu tarafından Avukatlık Kanunu'nun 62. maddesi iptal edilerek bu hükmün yerine, işledikleri her eylem açısından avukatların zaten TCK'nın 6/1-c maddesi gereğince kamu görevlisi olarak kabul edileceklerinden bahisle herhangi bir düzenleme getirilmeyip, bunun aksine 62. maddeyi iptal etmeyip hükmün esasını koruyarak revizyona gittiği gözetildiğinde Avukatlık Kanunu'nun 62. maddesinin TCK'nın 257. maddesi ile sınırlı olacak şekilde bir etki doğurması gerekmektedir. Avukatlık Kanunu'nun 62. maddesi ile TCK'nın 6. maddesi aynı konuda hükümler içeren normlar olmayıp Avukatlık Kanunu'nun 62. maddesi avukatlık mesleğine ilişkin doğrudan ve özel bir norm getirirken, TCK'nın 6/1-c maddesi genel olarak kamu görevlisini tanımlamakta, avukatlar için herhangi bir düzenleme içermemektedir.

Avukatın TCK anlamında kamu görevlisi sayılıp sayılmayacağına salt TCK'nın 6/1-c maddesindeki tanımdan hareketle her suç tipi açısından genel olarak tespit etmek yerinde olmayacaktır. Avukatın müvekkili ile arasındaki ilişkinin kamu idaresinden ve kamusal otoritenin kullanılmasından bağımsız bir husus olduğu gözden uzak tutulmamalı, avukatın vekâlet ilişkisine dayalı olarak hareket ettiği gözetildiğinde bu vekâlet ilişkisinin TCK anlamında ortaya çıkan sorunlarda ön planda tutulmasına özen gösterilmesi gerektiği nazara alınmalıdır. Bu durum özellikle avukata karşı görevi nedeniyle işlenen suçlar ile avukat tarafından görevinin ifası kapsamında işlenen suçlar bakımından söz konusu olabilmektedir. Bu bakımdan örneğin, avukatın müvekkiline teslim etmesi gereken maddi değeri kendi malvarlığına dahil etmesi durumunda kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişinin bu eylemden etkilendiğini söylemek mümkün olmayacağından burada zimmet suçunun değil güveni kötüye kullanma suçunun gerçekleştiği”

şeklinde gerekçelerle konuya farklı bir bakış açısı getirmiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise 08.11.2020 tarih ve 55584 sayılı ile aşağıda aynen yer verilen gerekçelerle Yargıtay 5. Dairesi'nin kararına itirazda bulunmuştur:

“Sanık Avukat ... müvekkili olan ... adına yatırılan toplam 792.284,76 TL

tutarındaki parayı vekâletnamedeki ahzu kabza yetkisine dayanarak çekmek ve sonrasında müvekkili olan ...'ya herhangi bir ödeme yapmamak şeklindeki eyleminin; sanığın kamulaştırma bedelinin artırımına ilişkin davanın, yapılan yargılaması sonucunda mahkeme ilamının kesinleşmesiyle, sanık avukatın yargısal faaliyetin sona erdiği, bundan sonra sanık avukatın, müvekkili ile sürdürdüğü hukuki ilişkinin vekâlet akdine dayalı olarak devam ettiği, sanığın icra takibi sonucunda elde ettiği parayı müvekkiline teslim etmeyerek kendi uhdesinde tutmasının 6098 sayılı **Borçlar Kanunu'nun 502. maddesinde yazılı vekâlet akdine ilişkin özel hukuk hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği bu eylemin kamusal bir faaliyet olarak tanımlanamayacağı kabul edilmelidir.**

Tarafların rızasıyla düzenlenen ve ahzu kabza yetkisi bulunan vekâletname sonucunda, sanık Avukat ...'ın, katılan ...'ya ait kamulaştırma parasının icra müdürlüğünden çekilmesinin, tarafların güvenine dayalı ve ahzu kabza yetkisine dayalı bir hukuki ilişkidir. Sanığın eylemi vekâletnamedeki ahzu kabza dayalı özel hukuk kapsamında Borçlar Kanunu'nun 502. maddesinde yer alan vekâlet sözleşmesine aykırı nitelikte bir durum olarak tanımlanmalı ve bu çerçevede sanık avukatın kendisine duyulan güvenin kötüye kullanılması sonucu TCK'nın 155/2. maddesinde yazılı hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir.

Yapılan açıklamalar çerçevesinde; sanık Avukat ...'in suça konu 792.284,76 TL tutarındaki parayı teslim etmemek şeklindeki eylemin, yargısal faaliyet kapsamında bulunmadığı ve sanığın bu aşamada kamu görevlisi sayılamayacağı,

Yargıtay Ceza Genel Kurulu; avukatın fiilinin “zimmet” suçunu ya da “hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma” suçunu mu oluşturduğu yönünde Özel Dairenin çoğunluğu ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında bir uyumsuzluk olduğunu tespit etmiştir. Kurulun kararında şu gerekçeleri nazara almak gerekir:

“Avukat ile müvekkil arasındaki ilişki bir vekâlet ilişkisi niteliğindedir ve avukatlar vekâlet ilişkisi kapsamında görev yapmaktadırlar. Vekâletname ilişkisinin geçerliliği kanunda herhangi bir şekle tabi tutulmamıştır. Bir davanın taraflarının, kendilerini o davada temsil edecek avukatlara verecekleri vekâletnameler de bu kapsamdadır. Avukatın mahkemeye sunacağı vekâletname, avukat ile müvekkil arasındaki vekâlet (temsil) ilişkisini ortaya koyan yazılı bir belge niteliğinde olup, sadece bu ilişkinin üçüncü kişiler ve

mahkeme nezdinde ispatı açısından önem taşır.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesindeki avukatlığın kamu hizmetinin yanı sıra serbest bir meslek olduğuna ilişkin belirleme, 2. maddesinde yazılı amacı, TCK'nın 6/1-c-d fıkralarında düzenlenen "kamu görevlisi" ve "yargı görevi yapan" kavramlarının birbirinden **farklı olup aynı sonucu doğurmadığı, TCK'nın 6. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere mesleklerin icrası sırasında avukatların kamu görevlisi olduğu ancak serbest meslek mensubu olan avukatların yaptığı tüm işlerde kamu görevlisi sayılacağını kabul etmenin TCK'nın 2. maddesinde düzenlenen kanunilik ilkesine ve bunun önemli sonucu olan kıyas yasağına aykırılık oluşturacağı, 1136 sayılı Kanun'un 35. maddesinde sayılan ve yalnız avukatların yapabileceği işler arasında olan "adli işlemleri takip etmek" kapsamında kalan icra takibinde bulunma görevini sanığın kanundan almakla birlikte, **bu yetkiyi kullanma sırasında, müvekkilinin parasını tahsil etmesinin doğrudan avukatlık görevinden doğmayıp suç tarihinde yürürlükte olan HUMK'un 63. maddesindeki düzenleme uyarınca "ahzu kabz" yetkisine dayanarak gerçekleştirdiği, vekâletnamede ahzu kabz yetkisinin bulunmaması hâlinde sanığın parayı tahsil edemeyeceği, bu yetkinin de katılanın iradesi doğrultusunda verilmesi üzerine vekâletnamede ayrıca yer aldığı, ahzu kabz yetkisinin istenildiği zaman katılan tarafından geri alınabileceği gibi katılan tarafından sanığın azledilerek aralarındaki vekâlet ilişkisinin bitirilebileceği gibi sanık tarafından da istifa nedeniyle sonlandırılabilceği, yine suç tarihinde yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 397. maddesindeki düzenleme uyarınca aralarındaki vekâlet ilişkisinin ölüm, ehliyetsizlik ve iflas gibi nedenlerle sona erdirilebileceği göz önüne alındığında aralarındaki ilişkinin vekâlet ilişkisi olup sanık ile katılan arasındaki ilişkide kamu otoritesi ve kamu gücünün kullanılmadığı, sanığın eyleminden dolayı kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişinin değil sanık ile katılan arasındaki vekâlet ilişkisinin zarar gördüğü, sanığın hukuka aykırı olarak mal varlığına geçirdiği maddi değerın müvekkili olan katılana ait bir değer olduğundan, oluşan zararın da kamu zararı olmadığı ve sanığın somut olayda TCK'nın 6/1-c maddesinde belirtilen kamusal faaliyetin yürütülmesine katılan kişi konumunda olmayıp suç tarihinde yürürlükte olan 1086 sayılı HMUK'un 63. maddesindeki düzenleme uyarınca söz konusu paranın tahsili için katılan tarafından sanığa verilen ahzu kabz yetkisine dayanılarak sanık tarafından tahsilat yapıldığından, söz konusu paranın sanığa teslim edilmesinin sanığın doğrudan görevi nedeniyle yani **avukat olmasının tabi sonucu olarak değil katılan tarafından sanığın şahsına duyulan güven ilişkisi nedeniyle******

verilen ahzu kabz yetkisine dayanarak gerçekleştirildiği ve aralarındaki ilişkinin hizmet ilişkisi kapsamında kaldığı birlikte değerlendirildiğinde; icra takibi neticesinde zilyetliği devredilen parayı uhdesinde tutup müvekkili olan katılana vermeyip mal edinen sanığın eyleminin hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir.

Bu gerekçe ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nca ileri sürülen itirazının kabul edildiği görülmektedir.

III. ÇÖZÜLMESİ GEREKEN HUKUKİ PROBLEMLER

1- Avukatın ahzu kabz yetkisine dayanarak elde ettiği meblağın müvekkiline vermemesi halinde zimmet suçu (TCK m. 247) mu yoksa hizmet ilişkisi nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunun (TCK m. 155, f. 2) nitelikli unsuru mu oluşur? Başka bir ifadeyle avukat, oluşan haksızlık bağlamında kamu görevlisi olarak görülebilir mi?

2- Müvekkilin alacağını avukattan alabilmek için icra takibine başvurması ve bu icra takibi dahilinde alacağın tahsil edilmesi nedeniyle etkin pişmanlık hükümleri uygulanabilir mi?

IV. DEĞERLENDİRME

A- Birinci Sorun Bakımından

Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı'na yansıyan temel sorun, avukatın kamu görevlisi olarak görülüp görülmeyeceğine ilişkindir. Bu husus, hangi suçun işlendiğini belirlemek açısından önemlidir. Öncelikle kamu görevlisi kavramından ne anlamak gerektiğine bakmak gerekir. Daha sonra avukatlık mesleğine dair bilgiler verilerek incelemeye konu Yargıtay kararı değerlendirilecektir.

Konuya ilişkin Anayasa'nın 128. maddesinin 1. fıkrası:

“Devletin kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.”

şeklinde¹. Bu düzenlemelerde memur ve diğer kamu görevlileri

¹ Benzer düzenleme, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerin Yargılanması Hakkında Kanun'un 2. maddesinin 2. fıkrasında da mevcuttur.

ayrımı yapılmıştır. Bu ayrım mülga 765 sayılı TCK'nın 279. maddesinde de mevcuttu. Kaldı ki madde başlığı “*Ceza Kanununun Uygulanması Bakımından Memur ve Kamu Hizmeti Gören Kimse*” şeklindedir. Bu durum, kimlerin memur² veya kamu görevlisi olarak sayılması gerektiği hususunda sonu gelmeyen tartışmalara neden olmuştur. Bu tartışmaların esas nedeni faaliyetin niteliğinden ziyade faaliyeti icra eden kişinin konumunun belirlenmesinden kaynaklanmaktadır³. Örneğin, 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu'nun 3. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde kamu görevlisi: “*kamu kurum ve kuruluşların işçi statüsü dışındaki bir kadro veya sözleşmeli personel pozisyonunda çalışan, adaylık veya deneme süresini tamamlamış kamu görevlilerini... ifade eder*” şeklinde tanımlanmıştır. Çalışılan yer ve çalışma statüsü esas alınarak bu tanımın yapıldığı anlaşılmaktadır⁴.

Kamu görevlisi tanımı önemlidir. Çünkü bu tanımlama gerçek özgü suç bağlamında suçun unsuru, görünüşte özgü suç noktasında ise suçun nitelikli unsuru olarak ele alınmaktadır. 5237 sayılı TCK'da ise bu tartışmaya bir nokta konmak istenmiştir ki Anayasa'nın Kanununun 6. maddesinin 1. fıkrasının c bendinde kamu görevlisi; “*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*” şeklinde ifade edilmiştir. Madde gerekçesinde bu tanıma yer verilmesinin amacı da şu şekilde belirtilmiştir:

“765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki “memur” tanımının doğurduğu sakıncaları aynen devam ettirecek nitelikte olan tanım, Tasarı metninden çıkarılarak memur kavramını da kapsayan “kamu görevlisi” tanımına yer verilmiştir. Yapılan yeni tanıma göre kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegane ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır.”

Bu bağlamda 765 sayılı TCK'nın 279. maddesinde belirtilen kamu görevi-kamu hizmeti ayırımına yer verilmeyerek ayrıca kamu hizmetlisi gibi kavramları da dâhil edecek şekilde yalnızca kamusal faaliyetten söz edilmiştir.

² 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4. maddesinin (A) bendinde “*mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler, bu kanunun uygulanmasında memur sayılır*” denilerek memurun tanımı yapılmıştır.

³ Konuyla ilgili olarak bkz. Muharrem Özen, Önder Tozman, “Türk Ceza Hukuku'nda Kamu Görevlisi Kavramı”, *Amme İdaresi Dergisi*, 42 (4), 2009, s. 36; Burcu Demren Dönmez, “Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, *TBB*, 94, 2011, s. 106, 107.

⁴ Hüseyin Aydın, “Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, *Ankara Barosu Dergisi*, 68 (1), 2010, s. 112.

O halde kamu görevlisinden bahsedebilmek için “bir kamusal faaliyetin varlığı” ve “kamusal faaliyetin yürütülmesine katılmak” olmak üzere iki temel kriter söz konusudur⁵.

Madde gerekçesine bakıldığında kamusal faaliyetin açıklanması için kamu hizmeti kavramına atıf yapıldığı görülmektedir. Nitekim bu husus, gerekçede; “*kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasi kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir*” şeklinde açıklanmıştır. Gerekçeye göre kamusal faaliyetten bahsedebilmek için bir siyasi karar olmalı, bu siyasi karar Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmeli ve kamu adına yürütülen bir hizmet olmalıdır. Kamu adına yürütülen hizmetin kamu hizmeti olduğu izahtan varededir. Bununla birlikte kamu görevini de kamu hizmetinden ayırmaya yönelik fikri gayretlere de ihtiyaç kalmamıştır⁶.

Kamusal faaliyetin yürütülmesine katılmaktan neyin kastedildiğine de bakmak gerekir. Madde gerekçesinde bu husus şu şekilde ifade edilmiştir:

“Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddi karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, örneğin mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu

⁵ Veli Özer Özbek, Serkan Meraklı, “Ceza Hukukunda Avukatın Kamu Görevlisi Olarak Kabul Edilebilirliği Sorunu”, *Dr. Silvia Tellenbach’a Armağan*, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 1159.

⁶ 765 sayılı TCK döneminde kamu görevi ve kamu hizmeti arasındaki ayrım üzerinde çokça tartışma söz konusuydu. Bu dönemde mahkeme kararlarında ve doktrinde kabul edilen ayrıma göre, devlete ait iktidar ve yetkileri kullanılması suretiyle gerçekleştirilen faaliyetler kamu görevi; bu kapsamda bir iktidar ve yetkinin kullanılmasını gerektirmeyen faaliyetler ise kamu hizmeti olarak nitelendirilmekteydi. Bkz. İzzet Özgenç, “Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(1-2), 1994, s. 333; Diğer ilgili tartışmalar için bkz. Doğan Soyaslan, “Ceza Hukukunda Memur Kavramı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 45 (1), 1996, s. 46; Buna karşılık yazar kamu görevi ile kamu hizmeti arasında bir farkın söz konusu olmayacağını ifade etmektedir. Bkz. Soyaslan, s. 49; Diğer yazarlar ise, kamusal faaliyet kavramının belirsiz oluşu nedeniyle bu kavramdan vazgeçilerek daha belirli bir kavram olan kamu hizmeti kavramının kullanılması gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. Özbek, Meraklı, s. 1164; Buna karşılık Anayasa’nın 128. maddesi de zikredilen “genel idare esasları” bir kısım kamu hizmetlerinin hukuki rejimini belirleyen bir kavram olsa da genel idare esaslarının neler olduğu belirlenmemiştir. Selami Turabi, “Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 7 (20), s. 91; Kanaatimizce kamu hizmeti kavramı kullanılsa dahi ileri sürülen bu belirsizlik aşılamayacaktır. Kaldı ki hangi hizmetin kamu hizmeti olduğu noktasında idare hukuku tam bir kesinliğe varmış olmamakla birlikte bu kısım ancak yargı içtihatlarıyla doldurulmaya çalışılmaktadır.

hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir. Askerlik görevi yapan kişiler de kamu görevlisidirler. Bu bakımdan örneğin bir suç vakasına müdahil olan bir tutuklu veya hükümlünün naklini gerçekleştiren jandarma subay veya erleri de, kamu görevlisidirler.

Buna karşılık kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerin üstlenmesi durumunda, bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı açıktır”

Gerekçeye bakıldığında kamu görevlisinin oldukça geniş bir şekilde tanımlandığı görülmektedir⁷. Bu bakımdan kişi ister atansın, ister seçilsin, isterse başka bir yöntemle kamusal faaliyete iştirak etsin bu durum kamu görevlisi sıfatını elde etmede önem arz etmemektedir⁸. Hatta bunun sürekli ya da geçici olmasının da bir anlamı bulunmamaktadır. Görevlendirmenin hukuka uygun bir şekilde gerçekleştirilmesi yeterlidir⁹. Buradan hareketle idare hukuku anlamında bir istihdam ilişkisinin bulunmasına da gerek yoktur¹⁰. Çünkü kamusal faaliyete katılmaya dair ölçütün belirlenmesinde subjektif unsur olan personelin niteliğine değil, bilakis objektif unsur olan faaliyetin niteliğine öncelik verilmiştir¹¹. Öte yandan kamusal faaliyete özel hukuk hükümleri uyarınca iştirak edilmişse iştirak eden kimselerin görevi sırasında veya görevi dolayısıyla işledikleri fiillerden dolayı toplumda hâkim olan kamu güveni sarsılmayacağı için kamu görevlisi olarak nitelendirilmeleri

⁷ Aras Türey, “Ceza Hukuku Bağlamında Kamu Görevlisi kavramına İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (24) 2, 2017, s. 360.

⁸ Özen, Tozman, s. 43, 44

⁹ Hukuka aykırı bir şekilde atanmış veya seçilmiş bir kişi kamusal faaliyet icra etmiş olsa bile kamu görevlisi olarak görülmeyecektir. Bkz. Türey, s. 371.

¹⁰ Soyaslan, s. 45; Aydın, s. 116; İlgili tanım ve gerekçelerdeki hususlar nazara alındığında, kamu personelinin idari fonksiyon içerisindeki yerinin ne olduğuna araştırmaya ihtiyaç kalmamıştır. Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, 2. Baskı, 1. Cilt, Adalet Yayınevi, 2014, s. 142; M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin, Kerim Çakır, *Ceza Hukuku: Özel Hükümler*, 20. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022, s. 1010.

¹¹ Dönmez, s. 117.

mümkün değildir^{12,13}.

¹² Özgenç, “Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları...”, s. 336; Doktrinde gerekçedeki kamusal faaliyetin yürütülmesine ihale yoluyla katılmanın kamu görevlisi olarak kabul edilmemesinin konuya ilişkin tek bir sınırlama olduğu ifade edilmiştir. Burada kamu hizmeti görenlerinden ziyade kamuya yararlı iş görenlerin kapsam dışında bırakılmak istendiği iddia olunmaktadır. Dönmez, s. 120; Burada esas olan şey, idare ile özel hukuk ilişkisi kurmaktır. İhale sadece gerekçede verilen bir örnekten ibarettir. Keza “ruhsat”, “müşterek emanet”, “imtiyaz, “yap-işlet-devret” gibi yöntemlerle kamu hizmeti gerçek veya tüzel kişilerce gerçekleştirilebilir. Fakat bu yöntemler kamu hizmetinin kendine has özelliklerine sahip değildir. Çünkü kamu hukukundan kaynaklanan usulleri kullanabilme vasfından bahsedilemez. Önder, Tozman, s. 46; Yürütme faaliyetine dair birçok konunun özel hukuk kişilerine devrinin mümkün olduğuna değinilmiştir. Bkz. Muhammed Emre Tulay, “Suç Ortaklarının Ceza Sorumluluğu Üzerinde Kamu Görevlisi Sifatının Hukuki Etkisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 70 (4), 2021, s. 1227; İmtiyaz sahibi şirketlerin “Katma Değer Vergisi” ve “Özel İletişim Vergisi” ismi dahilinde tahsil işlemi yapabilmeleri mümkündür. Bu şirketlerde çalışanların toplamış oldukları parayı usulsüz bir şekilde mal edinmeleri, zimmet suçundan (TCK m. 247) cezalandırılmalarını gerektirmez. Hizmetin genel idare esaslarına göre yürütülmemesi ve çalışanların kamu görevlisi olmaması nedeniyle çalışanlar ancak güveni kötüye kullanma suçundan (TCK m. 155) dolayı cezalandırılacaktır. Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, s. 1011.

¹³ Konuyla ilgili bir Danıştay kararı şu şekildedir:

“*Dava, davalı idarede 1. Hukuk müşaviri olarak görev yapan davacının, İç Kontrol Dairesi Başkanlığı emrine avukat olarak atanmasına ilişkin 2.8.2012 günlü, 363 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır....*

Anayasa Mahkemesi 18.10.2012 günlü, E: 2012/29, K:2012/155 sayılı kararında; 6107 sayılı Kanunla yeniden yapılandırılan, hukuki statüsü ve personel yapısı değiştirilen İller Bankasında, banka hizmetlerinin gerektirdiği görevlerin, 657 sayılı Kanuna ve diğer kanunların sözleşmeli personel hakkındaki hükümlerine tabi olmayan sözleşmeli personel eli ile yürütüleceği kurala bağlanarak farklı bir istihdam politikasının benimsendiği; kuruluş Kanununun 1. maddesinde de belirtildiği üzere özel hukuk hükümlerine tabi, tüzel kişiliği haiz, anonim şirket statüsünde bir kalkınma ve yatırım bankası olan İller Bankasının, 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 58. maddesiyle getirilen istisna hükmü ile anılan KHK'nin kapsamı dışında bırakıldığı; Banka, 6107 sayılı Kanun dışında Bankacılık Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu hükümleri çerçevesinde, özel hukuka ve özel işletmecilik esaslarına tabi olarak faaliyet yürüttüğünden, özel hukuk hükümlerine bağlı tutulan bu bankanın hizmetinin, Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli görevlerden sayılamayacağı ve personelinin de aynı madde kapsamında memur ya da diğer kamu görevlisi olarak değerlendirilmeyeceği belirtilmiştir.

Anılan karar ile İller Bankasının özel hukuk hükümlerine tabi, tüzel kişiliği olan, anonim şirket statüsünde kalkınma ve yatırım bankası olduğu, 5411 sayılı Bankacılık Kanununa göre örgütlendiği, personel rejiminin de bu esaslara uygun olduğu, bankanın hizmetinin Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli görevlerden sayılamayacağı, personelinin de bu maddeye göre memur ya da diğer kamu görevlileri kapsamında olmadığı vurgulanmıştır.

Anayasa Mahkemesinin yukarıda sözü edilen kararı göz önünde bulundurulduğunda, memur ya da diğer kamu görevlileri arasında sayılmayan İller Bankası çalışanı olan davacı hakkında kurulan işlemin kaynaklanan uyumsuzluğun çözümünde adli yargının görevli olduğu sonucuna varılmış olup; idare Mahkemesince uyumsuzluğun esası hakkında karar ve-

TCK'daki kamu görevlisi tanımının geniş olması, doktrinde farklı yorumlara neden olmuştur. Kamu görevlisi kavramının dar ve geniş anlam olmak üzere iki şekilde ele alınabileceğine değinilmiştir. Anayasa'nın 128. maddesinde belirtilen hüküm uyarınca devletin siyasi yapısını teşkil eden görevlilerle özel hukuka tabi olarak kamu kesiminde çalışan görevliler dışında kalan kamu çalışanları dar anlamda kamu görevlisi olarak görülmektedir. Cumhurbaşkanı, belediye başkanı, serbest çalışan avukat ve noter, kamu işyerlerinde çalışan işçiler, hakim ve savcılar gibi kamu hizmeti yürüten hukuki durumları birbirinden ayrık olan çalışanlar geniş anlamda kamu görevlileri kapsamına girmektedirler¹⁴. Bu noktada TCK'daki kamu görevlisi tanımının geniş anlamda kamu görevlisi kavramıyla hemen hemen örtüştüğünden bahsetmek mümkündür¹⁵. Doktrinde bir başka görüş kamusal faaliyet kavramının oldukça geniş olması dolayısıyla bu faaliyete katılan herkesin kamu görevlisi sıfatını taşıyabileceği, Devlet Memurları Kanunu'nda idare hukuku anlamında kamu görevlisinin daha geniş bir şekilde düzenlenebileceği, ancak TCK kapsamında bu kavramın daha dar olarak anlaşılması gerektiği ileri sürülmektedir. Buna gerekçe olarak ceza hukukunun amacı, taşıdığı nitelik ve cezalandırma açısından sakıncalı sonuçlara sebebiyet verme ihtimali gibi haller gösterilmektedir¹⁶. Aksi yönde bir görüş konunun ceza hukuku boyutuyla ele alınmasını ileri sürmektedir. Hukuki boşluktan yararlanarak kamu görevlisi olarak cezalandırılması gereken kişilerin cezadan kurtulmalarına mâni olma ve suçsuzların da haksız yere cezalandırılmasını engelleme yönündeki düşünceler bu görüşün oluşmasına kaynaklık etmiştir¹⁷.

Kamu görevlisine ilişkin önemli hususlar açıklandıktan sonra 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca avukatlığın bir kamu hizmeti ve serbest bir meslek olduğu belirtilmektedir. Buna karşılık TCK'nın bahsi geçen kamu görevlisi tanımı ve yine 6. maddesinin 1. fıkrasının d bendindeki “yargı görevini yapan” kavramları ve buna dair madde gerekçeleri¹⁸ mesleğin

rilmesinde hukuki isabet görülmemiştir.” (Danıştay 5. Dairesi, E.2013/7067, K.2014/307 ve 21.01.2014 tarihli Karar).

¹⁴ Turabi, s. 90.

¹⁵ Turabi, s. 109.

¹⁶ Özbek, Meraklı, s. 1163; Memurlar dışında kalan diğer kamu görevlilerin kimler olduğunu belirleyen kanuni bir düzenlemenin bulunmaması yüzünden TCK'nın gerekçesinde bulunan “herhangi bir surette” ifadesinin geniş ve belirsiz olduğu yönünde görüş için bkz. Dönmez, s. 99, 120.

¹⁷ İlgili görüş için bkz. Aydın, s. 112.

¹⁸ Konuya dair madde gerekçesi, “*Tasarı maddesinde yer alan ‘yargı görevini yapan’ deyimine*

bir kamu görevlisi gibi anlaşılmasına hizmet etmektedir. Bunun yanında avukatlığın Kanun koyucu tarafından “yargı görevini yapan” bir meslek olarak kabul edilmesi, mesleğin “kamu hizmeti” yürütüyor olmasının ötesine geçtiği görüşünü de adeta tahkim etmektedir¹⁹. Dolayısıyla mesleğin yargının önemli sac ayaklarından biri olduğu görülmektedir. Avukatlık Kanunu’nun 57. maddesinde yaptığı görev nedeniyle veya görev sırasında avukata karşı işlenen suçlar hakkında bu suçların hâkimlere karşı işlenmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağına vurgu yapılmıştır²⁰. Avukatın bu anlamda kamu görevlisi olarak sayılabilmeleri için ilgili suçların görevleri dolayısıyla işlenmeleri şarttır. Bununla birlikte avukatın görev sırasında veya göreviyle ilgili suçlardan dolayı özel bir muhakeme usulü öngörülmesi, esasen avukat dokunulmazlığına işaret eder²¹. Keza avukatların bağlı bulunduğu, tüzel kişiliği bulunan baroların, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olduğu (Av. K. m. 76) gözden uzak tutulmamalıdır. İlgili hususlar avukatın kamu

ilişkin tanım, avukatları da kapsayacak şekilde değiştirilmiştir” şeklindedir.

¹⁹ Hasan Tahsin Gökcan, “Yeni Türk Ceza Kanunu Hükümleri Karşısında Avukatlık Mesleği”, *Ankara Barosu Dergisi*, 67 (2), 2009, s. 151; Doktrinde “yargı görevi yapanların” kamu görevi yürüttüğüne işaret edilmiştir. Dönmez, s. 114.

²⁰ Konuyla ilgili Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun kararına da bakmak gerekir:

“Avukatların TCK’nın 6. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi kapsamında yargı görevi yapan kişilerden olması ve mahkeme huzurunda kişilerin hakları dava etmeleri ve savunmaları ile takip işlemlerinin Avukatlık Kanunu’nun 35. maddesi anlamında adli bir işlem olması ve katılmanın bu görevi sırasında sanığın kardeşinin ölümü nedeniyle yargılanan kişinin mahkeme huzurunda savunmasının yapılmasını ve adli işlemlerinin takip edilmesini engellemek amacıyla katılanı tehdit ettiği için anlaşılması karşısında, TCK’nın 265. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan görevi yaptırmamak için direnme suçunun yargı görevi yapan kişilere karşı işlenmesine ilişkin cezayı ağırlaştırarak nitelikli hâlin uygulanma koşulunun gerçekleştirildiği ve sanığın eylemlerinin bir bütün hâlinde zincirleme şekilde yargı görevi yapan kişilere karşı görevi yaptırmamak için direnme suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir. Öte yandan; sanığın tehdit niteliğindeki eyleminin, kamu görevlisi sıfatını haiz olduğunda kuşku bulunmayan avukat katılana karşı görevini yaptırmamak amacıyla gerçekleştirildiği sonucuna varılması nedeniyle görevi yaptırmamak için direnme suçunun unsuru olarak kaldığı anlaşılmalıdır. Somut olayda TCK’nın 106. maddesindeki tehdit suçunun; eylemin, görülmekte olan bir davada gerçekleşen ortaya çıkmasını engellemek veya bir haksızlık oluşturmak amacıyla davamın taraflarından birinin, sanığı, katılmanın veya mağdurun lehine veya aleyhine sonuç doğuracak bir karar vermesi veya işlem tesis etmesi ya da beyanda bulunması için değil salt yargı görevi yapan katılmanın görevini yapmasını engellemek amacıyla gerçekleştirilmesi nedeniyle de TCK’nın 277. maddesinde düzenlenen yargı görevi yapma, bilirkişiyi veya tamığı etkilemeye teşebbüs suçunu oluşturmadığının kabulü gerekmektedir.” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun E.2019/27 K. 2021/101 sayılı 11.03.2021 tarihli kararı); Doktrinde Yargıtay’ın bu yöndeki kararlarının isabetli olduğuna değinilmiştir. Bkz. . Durmuş Tezcan, M. Ruhan Erdem, R. Murat Önok, *Teori ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 1357.

²¹ Gökcan, s. 152.

görevlisi olarak algılanmasına yol açmaktadır. Yine işkence suçunun “*avukata veya diğer kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla... işlenmesi halinde...*” (TCK m. 94, f. 2, bent b) ibaresinden yola çıkılarak avukatın kamu görevlisi olduğu iddia olunabilir. Hatta doktrinde avukatın ifa ettikleri görev dolayısıyla kamu görevlisi olarak görüldüğünden bahisle ilgili fıkra da tekrarın gereksiz olduğundan bahsedilmiştir²². Av. K m. 62 hükmünde belirtildiği üzere,

“*Bu Kanun ve diğer kanunlar gereğince avukat sıfatı ile veya Türkiye Barolar Birliğinin yahut baroların organlarında görevli olarak kendisine verilmiş bulunan görev ve yetkiyi kötüye kullanan avukat*”ın görevi kötüye kullanma suçu” (TCK m. 257)

dolayısıyla cezalandırılacaktır. İlgili hükümden hareket edilerek de avukatın kamu görevlisi olduğu fikri akla gelebilir. Doktrinde de avukatın bir kamu görevlisi olarak kabul edildiği görüşlere rastlamak mümkündür²³.

Burada “özel kanunlarla ilişki” başlıklı TCK'nın 5. maddesinin ayrı bir şekilde değerlendirilmesi gerekir. Özellikle bu hükümlerle birlikte TCK'nın kamu görevlisini tanımlayan hükmünün özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında uygulanması mümkün gözükmektedir²⁴. Buradan hareketle TCK'daki kamu görevlisi tanımıyla diğer kanunlarda yer alan “*memur gibi cezalandırılır*” şeklindeki atıfların bir anlamı kalmamıştır²⁵.

²² Mahmut Koca, İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku: Özel Hükümler*, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021, s. 29; Öte yandan zimmet, irtikap, rüşvet gibi kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlardan mahkum olmak da avukatlığa kabule engeldir (Av. K. m. 5, f. 1, bent a). İlk etapta özgü suçlardan mahkumiyet hallerinin avukatlığa kabule engel olduğu akla gelebilir. Fakat bahsi geçen hükmün devamında özgü suç kapsamına girmeyen güveni kötüye kullanma suçundan mahkumiyet hali de avukatlık mesleğine kabule engel oluşturur.

²³ Bkz. Yaşar, Gökcan, Artuç, 1. Cilt, s. 145; Tulay, s. 1230.

²⁴ Özbek, Meraklı, s. 1163.

²⁵ “*Memur gibi cezalandırılır*” ifadesinin bir ceza siyasetinin türünü olduğu, Kanun koyucunun kamu görevlisi olmasalar da bu kişilerin işledikleri suç nedeniyle verilen cezaları önemseydiği için bu yola başvurduğu, ancak bu ifadenin kişileri kamu görevlisi yapmadığı ileri sürülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Turabi, s. 103, 104; Dolayısıyla “*Memur gibi cezalandırılır*” ifadesine karşılık gelen kişiler ancak, TCK m. 6, f. 1, bent c hükmüne uygun bir faaliyet yerine getiriyorlarsa kamu görevlisi olarak sayılabilir. Bkz. Tezcan, Durmuş, Önok, s. 1234, 1235; Özel kanunlarda bu kişilerin memur gibi cezalandırılmalarına dair hükümlerde 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 3. maddesinin 1. fıkrasındaki “*mevzuatta yürürlükten kaldırılan Türk Ceza Kanununa yapılan yollamalar 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda hükümlerin karşılığını oluşturan maddelere yapılmış sayılır*” şeklindeki hükümden hareket edilerek bu kişilerin kamu görevlisi gibi işledikleri fiil dolayısıyla sorumlu tutulması gerektiği doktrinde ifade edilmiştir. Bkz. Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, s. 1012.

Benzer şekilde yukarıda yer verilen 25.06.2001 kabul tarihli Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu'ndaki kamu görevlisi tanımının da zımnen ilga olduğu söylenebilir. Fakat TCK'nın 5. maddesi, temel kanun statüsünde olmadığı için diğer normlardan bir farkı bulunmamaktadır. Bu hüküm, yürürlük kazandığı 31.12.2008 tarihinden (5252 sayılı Kanun geçici madde 1) sonrası bakımından kanun koyucuya yalnızca tavsiye veren bir hükme dönüşmüş bulunmaktadır²⁶. O halde TCK'nın 5. maddesinin yürürlük tarihi ile özel kanunun yürürlük tarihi tespit edilerek durum değerlendirilmelidir. Şayet kamu görevlisine ilişkin bir tanım getiren özel bir norm, 31.12.2008 tarihinden sonra yürürlüğe girmişse, bu takdirde TCK m. 6, f. 1, bent c'deki genel norm uygulanmayacaktır. Diğer bir deyişle genel norm ile sonraki tarihli özel norm arasında bir çatışma çıktığından sonraki tarihli özel normun uygulama alanı bulacağı aşikardır²⁷.

Bilinmelidir ki 23.01.2008 tarihli 5728 sayılı Kanun'un 333. maddesiyle Av. K. m. 62 hükmünde değişikliğe gidilmiştir. Bu değişiklik, yalnızca TCK'nın 257. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçuna yapılan bir atıftan ibarettir. Başka bir ifadeyle ilgili değişiklikle 765 sayılı TCK'nın 230. ve 240. maddelerine yapılan atıflar kaldırılmış ve bahsi geçen hüküm 5237 sayılı TCK ile uyumlu hale getirilmiştir. TCK'nın 5. maddesinin 31.12.2008 tarihinde yürürlük kazanmasıyla ilgili hükmün (Av. K. m. 62) zımnen ilga edildiği ileri sürülmektedir²⁸. O halde avukatın, göreviyle ilgili işlediği suçlardan dolayı "kamu görevlisi" kapsamında cezalandırılabilmesi için Av. K. m. 62 hükmüne ihtiyaç kalmadığı fikri akla gelebilir. İlgili ihtimallere bakıldığında avukatların TCK'daki diğer kamu görevlileri gibi failin kamu görevlisi olduğu tüm suçlardan cezai sorumluluğunun doğacağı ihtimali

²⁶ Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 50.

²⁷ Özbek, Meraklı, s. 1164.

²⁸ Yargıtay'ın çeşitli daire kararlarında TCK'nın 5. maddesinin, Av.K. m. 62 hükmünü zımnen ilga ettiği görüşü hakimdir:

"1136 sayılı Kanun'un 35/1 ve 35/A maddelerinde yazılı ve münhasıran avukatlar tarafından yapılabilecek iş ve işlemler ile uzlaştırma işlemi ve Barolar ile Türkiye Barolar Birliğinin organlarında ifa ettikleri görevleri yönünden avukatların kamu görevlisi olduklarında kuşku bulunmadığı, keza 5237 sayılı TCK'nın 5. maddesi karşısında anılan Kanun'un genel hükümlerine aykırı olan sınırlayıcı nitelikteki Avukatlık Yasası'nın 62. maddesinin özel nitelikteki görevi kötüye kullanma suçları açısından zımnen ilga edilmiş sayılmasının gerektiği" (Yargıtay 5. CD, E.2020/6051, K.2021/2481 sayılı ve 31.05.2021 tarihli kararı). Benzer yönde başka bir karar için bkz. Yargıtay 9. CD, E.2020/8331, K. 2021/25 sayılı ve 12.01.2021 tarihli kararı.

belirmektedir²⁹. Buna karşılık doktrinde yer alan bir görüşe göre, TCK'nın 5. maddesinin, Av. K.'nin 62. maddesini zımnen ilga ettiği sonucuna ulaşamaz. Bu görüş, 5728 sayılı Kanunla yansıyan değişikliğin, yalnızca görevi kötüye kullanma suçu bakımından olduğunu, kanun koyucunun böyle bir amacı olsaydı Av. K. m. 62'deki hükmü doğrudan yürürlükten kaldırmaya çalışacağını, ancak böyle bir yola başvurmayıp hükmün esasını koruyarak güncelleştirme yaptığını, bu değişikliğin yalnızca görevi kötüye kullanma suçu ile sınırlı olduğunu ve bunun dışındaki fiiller bakımından Kanun'a başka bir düzenleme getirilmediğini savunmaktadır. Böylelikle bir avukatın fiili, örneğin zimmet suçu ya da güveni kötüye kullanma suçu gibi başka bir suça vücut veriyorsa bu durumda Av. K. m. 62 hükmünden yararlanması mümkün değildir. Aksi takdirde kıyas yasağına aykırılık gündeme gelir³⁰. Bu görüş, aynı zamanda Av. K. m. 62 hükmünün TCK'nın kamu görevlisini tanımlayan ilgili hükmüne aykırı bir norm olmadığını ileri sürmektedir. İlgili normların birbirine aykırı olabilmeleri için aynı hukuki değer ihlali noktasında hüküm getirmeleri şarttır³¹. Ancak Av. K. m. 62 hükmü avukatlık mesleğine dair doğrudan bir özel norm iken, TCK m. 6, f. 1, bent c hükmü ise kamu görevlisi hakkında bir tanım yapmakta ve avukatlara yönelik herhangi bir düzenlemeye yer vermemektedir³². Tartışılan konu ise madde gerekçesinde avukatların kamu görevlisi olarak sayılmasıdır. Fakat unutulmamalıdır ki madde gerekçeleri bir hüküm olmamakla birlikte yorum aracı olarak anlaşılmalıdır³³.

Avukatlık mesleğinin kamu görevi olarak nitelendirilmesinin avukat bağımsızlığını ve bununla birlikte savunma hakkını zayıflatacağına işaret edilmiştir. Billhassa totaliter sistemlerle yönetilen ülkelerde avukatlığın kamu otoritesine bağlı bir hizmet olarak görüldüğü vakidir. Müvekkilin kendi istediği avukatı bulmakta zorluk çektiği ve atama yoluyla belirlenen avukatın sistemin hoş görmeyeceği şekilde serbest savunma yapmasının mümkün olmadığı sorunları baş göstermektedir³⁴. Avukatlık bir kamu hizmeti ya da TCK'daki ifadeyle kamusal faaliyet kapsamında görülse de mesleğin serbest bir meslek

²⁹ Gökcan, s. 156.

³⁰ Özbek, Meraklı, s. 1167.

³¹ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler*, 18. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 109.

³² Özbek, Meraklı, s. 1167.

³³ Özgenç, Genel Hükümler, s. 132.

³⁴ Atilla Sav, "Savunma Mesleği Bir Kamu Hizmetidir", *Ankara Barosu Dergisi*, 68 (1), 2010, s. 135.

olduğu gerçeğini görmezden gelmemek gerekir. Bu bahisle mesleğin serbest olması yalnızca 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu hükümlerine göre vergi yükümlülüğünü tanımlamamakta ve asıl vurgulananın avukat bağımsızlığı olduğu ifade edilmektedir³⁵. Bu bağımsızlık, müvekkilin de haklarını korumakta olup ona bir güvence sunmaktadır. Avukat bağımsızlığına yönelik müdahaleler, aynı zamanda vekili oldukları vatandaşların özgürlüğünü de kısıtlar³⁶.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun kararı değerlendirilmeden önce, başka mahkemelerin kararlarının dikkate alınmasına ihtiyaç vardır. Anayasa Mahkemesi'nin ve Danıştay'ın içtihatlarına bakıldığında mesleğin ifa edilmesi kamu hizmeti olarak algılanmakla birlikte avukatın bir kamu görevlisi olarak görülmediği oldukça dikkat çekicidir^{37,38}. Bu kararların gerekçelerinde dar anlamda kamu görevlisi tanımının temel alındığı görülmektedir³⁹. Buna göre;

³⁵ Sav, s. 141, 142.

³⁶ Talay Şenol, "Bağımsız Avukatlık", *TBB*, 54, 2004, s. 272,

³⁷ "Avukatlık mesleği ile ilgili bir düzenleme yapılırken bu mesleğin her şeyden önce bir serbest meslek olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Avukatlık bir kamu hizmeti addedilmiş olsa dahi, kamusal yönü çok yoğun olan Devlet memuriyeti görev ve hizmetleriyle aynı nitelikte görülüp aynı ölçütlere tabi kılınmaz." (Anayasa Mahkemesi, E.1984/12, K. 1985/6 sayılı ve 01.03.1985 tarihli kararı).

"Bu madde ile güvence altına alınan kamu hizmetine girme hakkı idare hukuku esaslarına göre devlet memuriyetine girme hakkını ifade etmektedir. Serbest meslek olan avukatlık bu anlamda bir kamu hizmeti değildir. Her ne kadar Avukatlık Yasası'nın 1. maddesi, avukatlığın kamu hizmeti olduğuna işaret ediyor ise de, yasakoyucunun herhangi bir serbest meslek faaliyetini kamu hizmeti olarak tanımlaması onun Anayasa'nın 70. maddesi anlamında bir kamu hizmeti olduğunu göstermez. ..." (Anayasa Mahkemesi, E.2002/132, K. 2003/48 sayılı ve 04.06.2003 tarihli kararı).

³⁸ "... madde ile avukatlık mesleğinin kamu hizmetinin yanında bir serbest meslek olduğu hususu değerlendirilmeksizin sadece yürütülen hizmetin kamu hizmeti olduğundan bahisle kamu görevlilerinin uymakla yükümlü olduğu yürürlükteki mevzuat hükümleriyle getirilen kurallara benzer nitelikte bir uygulama yapılarak bu kurallar serbest meslek icra eden avukatlar açısından da geçerli hale getirilmiştir"

Yukarıda yer verilen kurallarda da **belirlendiği şekli ile avukatlık, sunulan hizmet açısından bir kamu hizmeti; mesleki faaliyet olarak ise bir serbest meslektir. Bu bakımdan; mesleğin kendine özgü kuralları bulunduğundan avukatlık mesleği Anayasada yapılan kamu görevlisi tanımı içinde de değerlendirilmemektedir. Aksine bir yaklaşımla sadece yürütülen hizmetin kamu hizmeti olmasından hareketle kamu görevlilerinin tabi olduğu kurallara tabi kılınması mesleğin niteliği ve gerekleri ile örtüşmeyecektir.**" (Danıştay 8. Dairesi, E.2012/5257, K.2014/8567 sayılı ve 12.11.2014 tarihli kararı).

³⁹ Bununla birlikte ilgili kararlar Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları bakımından da gerekece oluşturmaktadır. Bkz. Tamer Mahmutoğlu Başvurusu, Başvuru Numarası: 2017/38953, 23.07.2020 tarihli Bireysel Başvuru Kararı.

bir kimse, devlet örgütü veya kamu tarafında yer alan bir örgütte çalışıyorsa kamu görevlisi olarak nitelendirilecektir⁴⁰. Bu bakımdan bir kamu kurumunda veya kuruluşunda bağlı olarak çalışmamakla birlikte mesleğini serbest olarak ifa eden avukatın, idare hukuku açısından kamu görevlisi sayılmadığı anlaşılmaktadır⁴¹. Bunun en önemli nedeni, kamu görevlisi ile idare arasında var olan hiyerarşik ilişkidir. Serbest çalışan avukatla idare arasında istihdam ilişkisi kurulamamaktadır. Devlet memuruna duyulan güven ilişkisini avukatlığa yöneltmek mesleğin nitelikleriyle de uyuşmamaktadır⁴². Diğer bir anlatımla devlet örgütü ile kamu görevlisi arasında bir statü bağlantısından bahsedilirken avukatlıkta böyle bir bağlantı kurulamamaktadır⁴³. Ancak kamu kurumunda veya kuruluşuna bağlı olarak çalışan avukatın, bu hususlardan müstesna olduğu unutulmamalıdır⁴⁴.

Avukatlar duruşma sırasında kamu görevi ifa etmektedir ve bu yüzden kamu görevlisi olarak nitelendirilmektedir⁴⁵. Özellikle yargı merciin talebiyle müdafî veya vekil sıfatıyla görevlendirilen avukatların kamusal faaliyete iştirak ettikleri ve dolayısıyla kamu görevlisi olarak algılandığı görülmektedir⁴⁶. Vekalet sözleşmesi kapsamında vekillik veya müdafîlik görevini ifa eden avukatlar da kamusal faaliyete katılmaktadır⁴⁷. Ancak bu katılmanın kamu hukuku kurallarına dahil olduğunu söylemek oldukça zordur. Başka bir ifadeyle avukatların müvekkilleriyle olan ilişkilerinin her daim kamu hukuku kurallarıyla kurulmadığı anlaşılmaktadır⁴⁸. Av. K. m. 163'teki "avukatlık sözleşmesi serbestçe düzenlenir" şeklindeki düzenleme de bu durumu

⁴⁰ Sırrı Düğger, "İdare Hukuku Açısından Avukatlık", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 27 (1), 2009, s. 65; Aynı yönde bkz. Aydın, s. 115.

⁴¹ Türey, s. 359, 366; Aynı yönde bkz. Şenol, s. 276.

⁴² İdare hukukunda organik ölçüte ağırlık veren görüşler, Kanunda "kamu hizmeti" olarak yer alsa da, avukatlık mesleğini kamu hizmeti olarak görmemektedirler. Görüş için bkz. Düğger, s. 74, 75.

⁴³ Düğger, s. 65, 66.

⁴⁴ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36. maddesinin 5. bendi uyarınca avukatlık ruhsatına sahip baroya kayıtlı ve kurumlarını yargı mercilerinde temsil yetkisine sahip olan avukatlar, memur statüsündedir. Dolayısıyla kurulan ilişki ve ortaya çıkan hukuki uyumsuzluklar Devlet Memurları Kanunu hükümleri uyarınca çözümlenecektir. Canan Ruhi, Ahmet Cemal Ruhi, *Avukatlık Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 66.

⁴⁵ Turabi, s. 99.

⁴⁶ Gökcan, s. 153.

⁴⁷ Aydın, s. 121.

⁴⁸ Düğger, s. 63.

belirtmektedir ki burada kamu gücünün müdahalesinden bahsedilemez. Buna ek olarak avukat; şüphelinin ve suçtan zarar görenin talebi veya yargı merciin isteği doğrultusunda ya da adli yardım bağlamında vekillik veya müdafilik görevini kabul etmek zorunda değildir. Diğer bir anlatımla Av. K. m. 37 hükmü uyarınca avukat kendisine teklif olunan işi sebep göstermeksizin reddedebilmektedir. Ancak zorunlu müdafilik veya vekillik görevinin kabul edilmesinden sonra işin reddi zorunluluğuna dair istisnalar saklı kalmak üzere (Av. K. m. 38), görevin yerine getirilmesi bir mecburiyet arz eder. Tayin edilen zorunlu müdafii kendiliğinden görevden çekilemez. Zira görevden çekilme yasağı söz konusudur⁴⁹. Zorunlu müdafii çekilme talebini ancak kendisini tayin eden mercie iletir ve bu talep değerlendirilerek çekilmenin uygun olup olmadığı yönünde karar verilir. Bu hususlar nazara alındığında zorunlu müdafilik görevini yürüten avukat kamu görevlisi olarak nitelendirilebilir. Keza avukat bu görevini yerine getirmediği takdirde, CMK m. 151 hükmü uyarınca görevden mahkeme kararıyla yasaklanabilmektedir. Öte yandan adli yardım kapsamında tayin edilen avukat da kamu görevlisi olarak görülebilir⁵⁰.

Avukatın kamu görevlisi olarak görülüp görülmeyeceği noktasında tartışma yargı kararlarına da yansımaktadır. Bu tartışma yalnızca avukatlar bakımından değil, fakat stajyer avukatlar açısından da yapılmıştır. Bilinmelidir ki, stajyerler avukat yanında staja başladıktan sonra, avukatın yazılı muvafakati ile ve onun gözetimi ve sorumluluğu altında, sulh hukuk mahkemeleri, sulh ceza mahkemeleri ile icra tetkik mercilerinde avukatın takip ettiği dava ve işlerle ilgili duruşmalara girebilir ve icra müdürlüklerindeki işleri yürütebilmektedirler (Av. K. m. 26, f. 1). Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin E. 2020/8902, K.2020/17568 sayılı ve 23.11.2020 tarihli kararında şu hususlara vurgu yapılmıştır:

⁴⁹ Osman Gazi Ünal, “Müdafii Yasaklılık Halleri”, *Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul Barosu Yayınları, 2008, s. 478.

⁵⁰ Adli yardım hukuk alanında yürütülen kamu hizmetinin bir gereğini oluşturmaktadır. Bkz. Sav, s. 139. Kural olarak adli yardım, yargılama masraflarının ve avukatlık ücretlerini karşılamak üzere bulamayan kişilerin avukatlık hizmetinden faydalanmak üzere müracaat edebilecekleri hukuki bir imkandır. Adli yardım kapsamında görevlendirilen avukat, avukatlık hizmetlerini yerine getirmekle yükümlüdür. Bu yükümlülük, başvurucağın gerekli belge ve bilgileri isteğe rağmen vermemesi veya vekaletname vermekten imtina etmesiyle sona ermektedir. Şayet görevlendirilen avukat, adli yardım dahilinde verilen görevi yapmaktan çekinmek isterse görevin kendisine bildirildiği tarihten onbeş gün içinde tarifede belirlenen ücreti baroya ödemek zorundadır (Av. K. m. 179, f. 1, 2, 3). Diğer hallerde görevden çekilme yasağı söz konusu olur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ünal, s. 474 vd.

“Somut olayda, Antalya Barosu'nun 24/12/2014 tarihli yazısından katılan stajyer avukat...ın dava konusu suç tarihi itibariyle avukat yanında staj aşamasında olup olmadığının anlaşılabilmesi karşısında, öncelikle suç tarihinde avukatlık stajının hangi aşamasında olduğunun tespiti, avukat yanında staj aşamasında olduğunun anlaşılması halinde yanında staj yaptığı avukatın olay tarihinde stajyer avukat olan katılanı hacze katılmaya yetkili kıldığına dair belgenin olup olmadığı ve buna göre katılanın kamu görevlisi sayılıp sayılmadığı hususunun araştırılıp, sonucuna göre TCK'nın 125/3-a maddesinin uygulanma imkanı olup olmadığı tartışılmadan, eksik kovuşturma sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması”

Buradaki karara göre stajyer avukat, hakaret suçunun mağduru. Hakaretin kamu görevlisine karşı görevinden dolayı (TCK m. 125, f. 3, bent a) işlenmesi suçun cezayı ağırlaştırıcı nitelikli unsurunu oluşturur. Bu nitelikli unsur bağlamında stajyer avukatın kamu görevlisi olarak görülebilmesi için, stajın aşamasının avukat yanında olması gerektiğine ve yanında staj yapılan avukatın muvafakatiyle Kanununun 26. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen işlemleri yapabileceğine işaret edilmiştir. Aksi takdirde stajyer avukat, kamu görevlisi olarak görülmemektedir⁵¹.

Konuyla ilgili bir başka tartışma Av. K. m. 35, f. 1 ve m. 35/A hükmü bağlamında yargı kararlarına yansımıştır. Bu bağlamda, yalnız avukatların yapabileceği işler ve uzlaşma sağlamaya dair işlemler kamu görevi olarak görülmektedir. Nitekim kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermenin, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmenin ve savunmanın, adli işlemleri takip etmenin, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemenin kamusal bir faaliyet olduğu ve buna katılım gösteren avukatın kamu görevlisi olduğu aşıkardır. Aynı şekilde Av. K. m. 35/A hükmünde belirtilen uzlaşma sağlamaya dair işlemlerin yerine getirilmesi de kamu görevi olarak görülmektedir. Tüm bu hususlar nazara alındığında, avukatların görevi gereği hazırladıkları belgelerin

⁵¹ Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin E.2020/9820, K.2020/12545 sayılı ve 19.10.2020 tarihli kararının ilgili kısmı şu şekildedir:

“Somut olayda, katılan ...'nın, İstanbul Barosu Başkanlığı'nın 02/05/2014 tarihli yazısına göre, suç tarihinde, henüz Mahkemeler nezdinde staj yaptığının ve resmi görevli olarak icra müdürlüğündeki haciz işlemlerini de yürütemeyeceğinden kamu görevlisi olmadığının anlaşılması karşısında; sanığın yaralama suçundan cezalandırılması gerekirken suç vasfında yanılıya düşülüp görevi yaptırmamak için direnme suçundan mahkumiyet hükmü kurulması”; Benzer konuyla ilgili güncel bir başka karar için bkz. Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin E.2021/29043, K.2021/25125 sayılı ve 21.10.2021 tarihli Kararı.

resmi belge olduğu belirtilebilir. Örneğin, alacaklı adına bir bonoya sahte imza atan ve bu bonoyu icra takibine koyan avukatın resmi belgede sahtecilik suçunun nitelikli unsurunu (TCK m. 204, f. 2) gerçekleştirdiği söylenebilir. Aslında bu durum, özel belgede sahtecilik suçuna vücut vermektedir. Ancak bononun bir kambiyo senedi olması (TCK m. 210), avukatın müvekkili adına bu belgeyi sahte olarak imzalaması ve Av. K. m. 35, f. 1 hükmüne dair düzenlemeler nazara alındığında resmi belgede sahtecilik suçunun nitelikli unsurunun olduğu sonucuna ulaşılmaktadır⁵².

Avukatın, müvekkil ile aralarında bir yazılı sözleşme olmasa bile Kanun hükümleri uyarınca üzerine aldığı işi takip etme yükümlülüğü vardır (Av. K. m. 171). Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçu (TCK m. 257, f. 2) kapsamında mütalaa edilmektedir. Başka bir deyişle avukatın aldığı işi takip etmesi, kamu görevi niteliğinde görülmektedir. Avukatın bu suçtan dolayı cezalandırılabilmesi için sadece görevini ihmal etmesi veya gecikme göstermesi yeterli değildir. Ayrıca ihmal ve gecikme gösterilmesi suretiyle kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olunması ya da kişilere haksız bir menfaat sağlanması, gerekmektedir. Bu hususlar objektif cezalandırılabilme şartı olduğundan somut olayda ilgili şartlardan biri gerçekleşmelidir⁵³. Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin bir kararında bu durum şu şekilde ele alınmıştır⁵⁴:

“İzmir Barosunda eski kayıtlı avukat olan sanık hakkında, davacı-müşteki ... vekili sıfatıyla Muğla 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2010/307

⁵² “1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesindeki avukatlığın kamu hizmeti ve yargının kurucu unsurlarından olduğuna ilişkin belirleme, 2. maddesinde yazılı amacı, 76/1 ve 109/1-2. maddelerindeki baroların ve Türkiye Barolar Birliğinin kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları olduğuna ilişkin hükümler ile 5237 sayılı TCK'nın 6/1-c maddesindeki tanım ve gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde; avukatların 1136 sayılı Kanun'un 35/1 ve 35/A maddelerinde yazılı ve münhasıran avukatlar tarafından yapılabilecek iş ve işlemler ile uzlaştırma işlemi ve barolar ile Türkiye Barolar Birliğinin organlarında ifa ettikleri görevleri yönünden kamu görevlisi olduklarında kuskun bulunmadığı, bono aslı temin edilip üzerindeki imza ve yazıların incelemesi yapılamasa da, tanık olarak ifadesine başvuru alan ...'in icra takibindeki alacaklı ve borçlularla irtibatı ve alacaklı sıfatı bulunmadığı halde adına takip yapıldığının tespiti durumunda, kamu görevlisi olan sanığın görevi gereği düzenlediği takip taleplerinin sahte, buna bağlı olarak ... 4. İcra Müdürlüğü'nün düzenlediği ödeme emrinin de gerçeğe aykırı olduğu, bu itibarla eylemin TCK'nın 204/2 maddesinde tanımlanan kamu görevlisinin resmi belgede sahteciliği suçunu oluşturacağı gözetilmeden suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde TCK'nın 257/1. Maddesine göre uygulama yapılması...”, (Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin E.2020/731, K. 2021/2802 sayılı ve 03.06.2021 tarihli kararı).

⁵³ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 753.

⁵⁴ Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E.2020/3209, K.2020/2374 sayılı, 01.12.2020 tarihli kararı.

esas (Yargıtay bozmasından önce 2006/54 esas) sayılı dosyasında açılan alacak davasında, 29/09/2010 tarihli oturumuna **mazeret bildirmeksizin katılmayarak dosyanın işleminden kaldırılmasına, 3 aylık yasal süre içerisinde yenileme talebinde bulunmayarak 30/12/2010 tarihinde davanın açılmamış sayılmasına ve yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına karar verildiği bu suretle katılanın mağduriyetine ve zararına sebebiyet verdiği iddiasıyla görevi kötüye kullanma suçundan** açılan kamu davasının yapılan yargılama sonunda aşamalarda ileri sürülen iddia ve savunmaların toplanan tüm delillerle birlikte gerekçeli kararda tartışılıp sanığın suçunun sübutu kabul, olay niteliğine ve kovuşturma sonuçlarına uygun şekilde vasfı tayin edilmiş, incelenen dosyaya göre verilen hükümde bir isabetsizlik görülmemiş olduğundan eleştirilen hususlar dışında sanığın yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle hükmün ONANMASINA”

Benzer şekilde avukatın, müvekkilinin muvafakati olmaksızın hükmü temyiz etmemesi suretiyle katılanın mağduriyetine sebep olması da ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçunu gündeme getirmektedir. Bu konuda Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir kararı da mevcuttur⁵⁵.

Avukatlık mesleğine dair tartışmalar suçun nitelendirilmesi yönünden de

⁵⁵ “Katılan ... 'un aşamalarda özü değişmeyen beyanları ile sanık ... 'a kendisi hakkında verilen hükümleri temyiz etmemesi için muvafakatinin bulunmaması ve katılan ... hakkında bozma sonrası yapılan yargılamada basit ve nitelikli dolandırıcılık suçlarından verilen mahkûmiyet hükümleri hakkında katılan ... 'un sanık ... tarafından temyiz yoluna başvurulacağı düşüncesiyle temyiz talebinde bulunmaması, hükümlerin temyiz edilmemesi üzerine Yerel Mahkemece kesinleştirilmesi, katılan ... 'un bu durumu öğrenmesi üzerine yaptığı temyiz başvurusunun süresinde olmadığından bahisle Yargıtay 11. Ceza Dairesince reddedilmesi, anılan dosyada katılan ... ile aynı cezayı alan Mümin Adıgüzel'in süresinde yaptığı temyiz başvurusu üzerine M..... A..... hakkındaki davanın dava zamanasını gerçekleştirdiğinden ortadan kaldırılmasına karar verilmesi, bozma sonrası yapılan yargılamada katılan ... 'un aleyhine sonuç doğuracak şekilde bir kısım mağdura yönelik eylemi nedeniyle nitelikli dolandırıcılık suçundan hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi, bozma ilamına uyan Yerel Mahkemece sanık lehine hüküm kurulması hâlinde dahi hükmün, temyiz kanun yoluna başvurulması durumunda bu aşamada ilgili suçta yapılacak olan lehe kanuni değişiklikler gibi nedenlerle bozulma ihtimalinin bulunması nedeniyle katılan ... 'un bu imkanlardan yoksun bırakılması hususları birlikte değerlendirildiğinde; sanık ... 'ın, Avukatlık Kanunu'nda sözü edilen doğruluk ve unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranma yükümlülüklerine aykırı hareket edip katılan ... hakkında basit ve nitelikli dolandırıcılık suçlarından verilen mahkûmiyet hükümlerini temyiz etmemek suretiyle hükümlerin kesinleşmesine neden olduğu ve Anayasa'nın 36. maddesi ile güvence altına alınan hak arama hürriyetini kullanmasına ihmali davranışıyla engel olduğu ve katılan ... 'un mağduriyetine sebebiyet verdiği anlaşılmakla sanık ... 'a yüklenen ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçunun tüm unsurlarıyla oluştuğu kabul edilmelidir. Bu itibarla, direnme kararına konu hükmün, belirlenen bu nedenden dolayı bozulmasına karar verilmelidir.” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun E.2017/76, K.2019/575 sayılı ve 03.10.2019 tarihli kararı).

değerlendirilmelidir. Avukatın görevini ifa ettiği sırada işlediği haksızlık teşkil eden fiiller, her durumda kamu görevlisi olarak görülmesini sağlar mı sorununu ortaya çıkarmaktadır. Başka bir ifadeyle avukatın, müvekkili ile kurmuş olduğu vekalet ilişkisine uygun bir şekilde davranma yükümlülüğünün ihlali, kamu görevi kapsamında görülebilir mi problemini gündeme getirmektedir. Burada Av. K'nın 56. maddesinin 3. fıkrasındaki hükme bakmak gerekir. Hükme göre avukatın aslı olmayan vekâletname sunması veya diğer kâğıt belgelerin örneğini onaylaması ya da aslına aykırı örnek vermesi de suç oluşturmaktadır (Av. K. m. 56, f. 3). Aslında bu fiilin işlenmesi, avukatın görevini kötüye kullandığını gösterir. Fakat ilgili düzenleme, görevi kötüye kullanma suçuna nazaran özel bir normdur⁵⁶. Buna karşılık avukat, onayladığı belgenin gerçeğe aykırı olduğunu bilmeden onaylamışsa, bu durumda belgenin doğruluğunu teyit etme yükümlülüğünü ihlal etmiş olur⁵⁷. Bu durumda Kanunun 56. maddesinin 3. fıkrasındaki suçun değil, ihmâl suretiyle görevi kötüye kullanma (TCK m. 257, f. 2) suçunun işlendiğinden bahsedilir. Burada avukatın kamu görevlisi olarak nitelendirilmesi gerektiği açıktır. Zira vekalet ilişkisinden ziyade, belgenin sunularak kamuya açılması, avukatın kamuya yönelik bir davranış sergilediğini göstermektedir⁵⁸.

Avukatın müvekkili ile kurmuş olduğu vekalet ilişkisinin bir diğer görünümü ahzu kabz yetkisi bakımındandır. Ahzu kabz “*bedeli tahsil etmek, bir miktar paranın elden teslim alınması veya kasa hesabına kaydedilmesi*”

⁵⁶ Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir kararında da bu hususa işaret edilmiştir:

“*Sanık Av. ... tarafından, 06.10.2009 tarihinde, Kadıköy 5. Aile Mahkemesinin 2009/195 esas sayılı dosyasına, sahte olduğu iddia edilen 18.09.2006 tarihli kendisinde olmayan rapor aslının örneğini “aslı gibidir” şeklinde şerh düşerek onaylayıp delil olarak sunduğu olayda; raporun aslını muhafaza etmemesi sebebiyle sahtecilik iddiasına karşı rapor aslının talep edilmesine rağmen ibraz edilmemesi, boşanma davasına ait dosyaya delil olarak sunulan doktor raporunda mevcut olan doktorun isim ve sicilinin karalanarak kullanıldığı anlaşılan raporun aslının görülmediğinin sabit olması, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 56. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarıyla avukatlara tanınan hakların kendilerine verilen önem ve gösterilen itimadın sonucu olması nedeniyle bu itimada aykırı davranışların özel bir düzenlemeyle suç sayılması hususları dikkate alındığında, sanığın eyleminin aynı Kanun'un 62. maddesi delaletiyle TCK'nın 257. maddesinin birinci fıkrasında yer alan görevi kötüye kullanma suçuna göre özel norm niteliğindeki 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 56/3. maddesinde tanımlanan suç oluşturduğu kabul edilmelidir.*” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun E.2016/1170, K.2019/488 sayılı, 20.06.2019 tarihli kararı).

⁵⁷ Kural olarak avukat müvekkilinden aldığı bilgilere güvense de farklı bir imza olduğu açıkça görülen ya da sahteliği bariz olan bir belgeden hareketle işlem yapılmamalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Atilla Özen, *Avukatlık Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 189.

⁵⁸ Özbeke, Meraklı, s. 1173.

şeklinde tanımlanmaktadır⁵⁹. Müvekkil, avukata vermiş olduğu vekaletnamede ahzu kabz yetkisini tanıyabilir. Bu yetkiyle karar ile hükmedilen şey, avukat tarafından teslim alınabilir veya avukatın nezdinde bulundurulabilir. 1086 sayılı HUMK'un 63. maddesi uyarınca "ahzu kabz" yetkisi özel yetkiyi gerektirmektedirken "hükmolunacak şeyi teslim almaya" ifadesi 6100 sayılı HMK'nın 74. maddesinde yer almamıştır. Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün 24.11.2011 gün ve 29359 sayılı yazısında HMK'nın yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden önce hazırlanan ve ahzu kabz yetkisi bulunmayan vekaletnameye istinaden vekalet verenin iradesine aykırı bir şekilde kullanılmasının söz konusu olmayacağı ve 01.10.2011 tarihinden sonra düzenlenen vekaletnamelerde ise aksi belirtilmediği sürece ahzu kabz yetkisinin kullanılmasının herhangi bir engel olmadığı görüşü paylaşılmıştır. Yargıtay'ın da aynı görüşte olduğu belirtilerek ahzu kabz yetkisinin özel yetki kapsamında olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır⁶⁰.

Bahse konu ahzu kabz yetkisi aynı zamanda incelemiş olduğumuz kararın esas noktasını teşkil etmektedir. Avukatın bu yetkiye dayanarak icra dairesinden para tahsil etmesinin akabinde müvekkiline vermemesinin hangi suç oluşturacağı sorunu karşımıza çıkmaktadır. Yukarıda bahsedilen avukatın kamu görevlisi olarak görülüp görülmeyeceği konusu, bu sorunla doğrudan ilişkilidir. Bu bahisle avukatın özgü bir suç olan zimmet suçundan (TCK m. 247) mı yoksa hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçundan (TCK m. 155, f. 2) mı cezalandırılacağı sorusuna cevap aranmalıdır.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin eski tarihli bir kararında avukatın kamu görevlisi olduğundan hareketle zimmet suçunun oluştuğuna vurgu yapılmıştı. İlgili karar şu şekildedir:

"Yargıtay CGK'nın 12/04/2011 gün 2010/9-258 Esas, 2011/46 sayılı Kararına göre de, "5237 sayılı Türk Ceza Yasasının 6. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendindeki "kamu görevlisi" tanımında yer alan "katılan kişi" ibaresi ile, madde gerekçesinde yer alan "kamusal faaliyet" açılımından hareketle, bir kimsenin Ceza Yasası uygulamasında "kamu görevlisi", yapılan faaliyetin de "kamusal faaliyet" sayılabilmesi için, kamu adına yürütülen bir hizmetin bulunması, bunun da Anayasa ve yasalarda belirlenmiş usullere göre verilmiş bir siyasal karara dayalı olması ve ayrıca faaliyetin kamuya ait güç ve

⁵⁹ Abdullah Demir, *Hukuki Terimler Sözlüğü*, Astana Yayınları, 2017, s. 44.

⁶⁰ Yargıtay 8. HD, E.2015/6701, K. 2017/7684 sayılı 24.05.2017 tarihli kararı, (zikreden) Özen, Avukatlık Hukuku, s. 507, 508.

yetkilerin kullanılması suretiyle gerçekleştirilmesi gerekmektedir.” denildiği, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 1. maddesindeki avukatlığın kamu hizmeti ve yargının kurucu unsurlarından olduğuna ilişkin belirleme, 2. maddesinde yazılı amacı, 76/1 ve 109/1-2. maddelerindeki baroların ve **Türkiye Barolar Birliğinin kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları olduğuna ilişkin hükümler** ile 5237 sayılı TCK’nın 6/1-c maddesindeki tanım ve gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde; avukatların 1136 sayılı Kanunun 35/1 ve 35/A maddelerinde yazılı ve münhasıran avukatlar tarafından yapılabilecek iş ve işlemler ile uzlaştırma işlemi ve barolar ile Türkiye Barolar Birliğinin organlarında ifa ettikleri görevleri yönünden kamu görevlisi olduklarında kuşku bulunmadığı, 5237 sayılı TCK’nın “Özel kanunlarla ilişki” başlıklı 5. maddesinde; “Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır” hükmünün yer aldığı, maddenin gerekçesinde; “Özel ceza kanunlarında ve ceza içeren kanunlarda suç tanımlarına yer verilmesinin yanı sıra, çoğu zaman örneğin teşebbüs, iştirak ve içtima gibi konularda da bu Kanunda benimsenen ilkelerle çelişen hükümlere yer verilmektedir. Böylece, ceza kanununda benimsenen genel kurallara aykırı uygulamaların yolu açılmakta ve temel ilkeler dolanılmaktadır. Tüm bu sakıncaların önüne geçebilmek bakımından, ayrıca hukuk uygulamasında birliği ve hukuk güvenliğini sağlamak için; diğer kanunlarda sadece özel suç tanımlarına yer verilmesi ve bu suçlarla ilgili yaptırımların belirlenmesi ile yetinilmelidir. Buna karşılık, suç ve yaptırımlarla ilgili olarak bu kanunda belirlenen genel ilkelerin, özel kanunlarda tanımlanan suçlar açısından da uygulanmasının temin edilmesi gerekmektedir” denilmek suretiyle yasa koyucunun amacının ortaya konulduğu, TCK’nın 5. maddesinin 01/01/2009 tarihinde yürürlüğe girmiş olması nedeniyle anılan Kanunun genel hükümlerine aykırı olan sınırlayıcı nitelikteki **Avukatlık Yasanın 62. maddesinin de özel nitelikteki görevi kötüye kullanma suçları açısından zımnen ilga edilmiş sayılmasının gerektiği ve TCK’nın 247. maddesine göre zimmete geçirilen malın devlete veya özel kişilere ait olmasının suçun oluşması bakımından öneminin bulunmadığı**, sanığın müvekkili olan katılan adına 27/12/2006 tarihli reddiyat makbuzu ile 242.90 TL, 29/01/2007 tarihli reddiyat makbuzu ile 242.90 TL, 27/02/2007 tarihli reddiyat makbuzu ile 242.90 TL, 24/04/2007 tarihli reddiyat makbuzu ile 236 TL, 05/06/2007 tarihli reddiyat makbuzu ile 141.60 TL, 11/06/2007 tarihli reddiyat makbuzu ile 150 TL, 30/10/2007 tarihli reddiyat makbuzu ile 708 TL, 22/09/2008 tarihli reddiyat makbuzu ile 1227.20 TL ve 17/06/2009 tarihli reddiyat makbuzu ile de 849.60 TL olmak üzere tedbir nafakası olarak icra yoluyla peyderpey tahsil ettiği toplam 4041

*TL'yi katılana ödemeyerek mal edindiği daha sonra şikayet edilmesi üzerine paranın bir kısmını katılana ödediğinin sabit olması karşısında, sanığın oluğa uygun olarak sübutu kabul edilen eyleminin zincirleme **zimmet** suçunu oluşturacağı gözetilmeden suç vasfında hataya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması,*"⁶¹

Kararda "zimmete geçirilen malın devlete veya özel kişilere ait olmasının suçun oluşması açısından önemli olmaması" ifadesi oldukça dikkat çekicidir. Burada zimmet suçunun oluşmasında suçun konusundan ziyade, failin kamu görevlisi olduğundan hareketle bir değerlendirme yapılmıştır⁶². Doktrinde de bu yaklaşıma itibar eden görüşlere rastlamak mümkündür⁶³.

Burada zimmet suçunun oluştuğu yönündeki yaklaşım Yargıtay'ın başka dairelerine de yansımıştır. Yargıtay'ın 9. Ceza Dairesi'nin yakın tarihli bir başka kararındaki ilgili gerekçeler şu şekildedir:

*"suç tarihinde İstanbul Barosuna kayıtlı avukat olarak görev yapan sanığın, katılmanın nafaka alacaklarını tahsil etmek üzere 20/08/2010 tarihli vekaletname ile vekilliğini üstlendiği, 350,00 TL'lik kısmı 22/08/2010 ve 18/09/2010 tarihli makbuzlar karşılığında olmak üzere toplam 6.350,00 TL'yi katılmanın eski eşi ...'dan tahsil edip 30/09/2010 tarihine kadar olan tüm nafaka borçlarına karşılık ibra ettiği halde, bahse konu parayı katılana vermeyip uhdesinde tutması şeklinde sübut bulan eyleminin **zimmet suçunu oluşturacağı gözetilmeden, yanılığlı değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması...**"⁶⁴*

Son olarak Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin bir başka kararında, avukatın icra dairesinden tahsil etmiş olduğu paranın müvekkiline vermemesi yönündeki fiilin, zimmet suçunu oluşturacağına vurgu yapılmıştır⁶⁵. Kaldı ki incelemiş olduğumuz Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na konu olan Yargıtay 5.

⁶¹ Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin E.2012/14312, K.2014/405 sayılı, 14.01.2014 tarihli kararı.

⁶² Aynı dairenin, aynı gerekçelerle bir başka kararı için bkz. Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin, E.2013/170, K.2014/4862 sayılı ve 02.05.2014 tarihli kararı.

⁶³ Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku: Genel Hükümler*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 222.

⁶⁴ Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin E.2020/1123, K.2020/539 sayılı ve 11.06.2020 tarihli kararı. Aynı dairenin, zimmet suçunun oluştuğu yönünde bir başka kararı için bkz. Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin, E.2020/8331, K.2021/25 sayılı ve 12.01.2021 tarihli kararı. Benzer yönde bir başka dairenin kararı için bkz. Yargıtay 23. Ceza Dairesi'nin, E.2015/6981, K.2016/938 sayılı ve 08.02.2016 tarihli kararı.

⁶⁵ Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin E.2015/1134, K.2018/8332 sayılı, 31.10.2018 tarihli kararı.

Ceza Dairesi'nin kararı da avukatın zimmet suçundan dolayı cezalandırılması gerektiğini belirtmekteydi. Daha sonra Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin güncel kararlarında bir değişiklik gündeme gelmiştir. Bu noktada avukatın zimmet suçundan değil, bilakis hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçundan dolayı cezalandırılması sonucuna ulaşılmıştır:

“Dairemizce de benimsenen Ceza Genel Kurulunun 17/06/2021 tarihli ve 2021/5-43 Esas, 2021/287 Sayılı Kararında da açıklandığı üzere; sanık ile katılan arasındaki vekalet ilişkisinde kamu otoritesi ve kamu gücünün kullanılmadığı, söz konusu paranın teslim edilmesinin sanığın avukat olmasının doğal sonucu değil, katılan tarafından sahsına duyulan güven ilişkisi nedeniyle verilen ahzu kabz yetkisi kapsamında gerçekleştirildiği ve buna bağlı olarak da aralarındaki ilişkinin hizmet ilişkisi kapsamında kaldığı gözetildiğinde, sanığın eyleminin 5237 Sayılı TCK'nin 155/2. maddesinde tanımlanan hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacağı...”⁶⁶

Bu kararda dikkat çekici olan husus incelediğimiz Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na kararına atıf yapılmasıdır. Daha doğru bir ifadeyle bu karara atıf yapılarak Yargıtay 5. Ceza Dairesi konuya dair yaklaşımını değiştirmiştir. Ancak yer verdiğimiz Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin kararına yönelik karşı oy yazısı şu şekilde belirtilmiştir:

“1136 Sayılı Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesindeki avukatlığın kamu hizmeti ve yargının kurucu unsurlarından olduğuna ilişkin belirleme, 2. maddesinde yazılı amacı, 76/1 ve 109/1-2. Maddelerindeki baroların ve Türkiye Barolar Birliğinin kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları olduğuna ilişkin hükümler ile 5237 Sayılı TCK'nin 6/1-c maddesindeki tanım ve gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde; avukatların, 1136 Sayılı Kanun'un 35/1 ve 35/A maddelerinde yazılı ve münhasıran avukatlar tarafından yapılabilecek iş ve işlemler ile uzlaştırma işlemi ve barolar ile Türkiye Barolar Birliğinin organlarında ifa ettikleri görevleri yönünden kamu görevlisi oldukları kabul edilmelidir. ...Öğretide de kabul edildiği üzere; TCK'nin 6. Maddesi kapsamında, kamusal faaliyet yaptıkları, dolayısıyla kamu görevlisi oldukları konusunda, anılan maddenin gerekçesi karşısında bir kuşku bulunmayan avukatın, görevi sebebiyle kendisine teslim edilen müvekkiline ait parayı veya başka bir eşyayı müvekkiline vermemesi durumunda, zimmet

⁶⁶ Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E.2018/4319, K.2022/1848 sayılı ve 16.02.2022 tarihli kararı. Dairenin aynı gerekçe ile bir başka kararı için bkz. Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 2020/6058, K.2022/2527 sayılı ve 03.03.2022 tarihli kararı.

suçunun oluşacağı ifade edilmektedir. ...Bu nedenle öğreti ve uygulamada kabul edildiği, TCK'nin 247. maddesinin gerekçesinde de ifade edildiği üzere, zimmete geçirilen malın Devlete veya özel kişilere ait olmasının suçun oluşması bakımından öneminin bulunmadığı, kamu görevlisi olan avukatların 01/01/2009 tarihinden sonra görevleri nedeniyle zilyetliği kendilerine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü oldukları malları uhdelerinde tutmaları halinde 5237 Sayılı TCK'nin 247. maddesinde düzenlenen zimmet suçunun faili olabilecekleri kabul edilmelidir.”

İlgili karşı oy yazısı, Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin eski kararlarının gerekçelerine sıkı sıkıya bağlı olduğunu göstermektedir. İncelemiş olduğumuz kararda da hemen hemen aynı gerekçelerle karşı oy yazılarının hazırlandığı görülmektedir. Dolayısıyla bu konuda tam bir fikir birliğine ulaşıldığından bahsedilemez. Bunun nedeninin bu suçlar arasında özel norm-genel norm ilişkisi olduğu akla gelmektedir⁶⁷. Ancak Yargıtay'ın farklı dairelerinin kararlarında da konunun hizmet ilişkisi nedeniyle güveni kötüye kullanma suçu bağlamında çözümlendiğine rastlamaktayız⁶⁸. Benzer şekilde bir hukuka uygunluk nedeni olan hapis hakkı bağlamında da hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunun oluştuğuna vurgu yapılmıştır^{69,70}.

⁶⁷ Buna göre, zimmet suçu özel norm olup güveni kötüye kullanma suçu genel norm kapsamındadır. Bkz. Demirbaş, s. 573.

⁶⁸ “...Barosuna kayıtlı serbest avukat olarak çalışan sanığın, katılan ...'ın vekalet vermiş olduğu... tarafından 16.000 TL bedelli senede dayanarak, İcra Dairesinde başlatmış olduğu icra takibinde, borçlu adresi olan ...'da... İcra Dairesinde açılan talimat dosyasında sanığın işlemleri yapması için yetki belgesi ile yetkilendirdiği, sanığın da borçludan 14.000 TL para olarak ibraname düzenlediği, almış olduğu paranın ise tamamını katılana vermeyip uhdesinde tutarak hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu işlediğinin iddia ve kabul olduğu olayda; Sanık savunması, katılan ve tanık beyanları ile dosya kapsamından sanığın üzerine atılı suçu işlediğine yönelik mahkemece verilen mahkumiyet hükmünde isabetsizlik görülmemiş olup; sanığın eyleminin vekalet ilişkisinden kaynaklanması nedeniyle zimmet suçunun yasal unsurlarını oluşturmadığı, eylemin bu hali ile hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğu anlaşıldığından tebliğnamedeki bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir.” (Yargıtay 15. Ceza Dairesi'nin, E.2017/14548 K.2018/2102 sayılı, 27.03.2018 tarihli kararı). Aynı dairenin benzer gerekçelerle bir başka kararı için bkz. Yargıtay 15. Ceza Dairesi'nin, E. 2020/8285, K.2020/10999 sayılı, 03.11.2020 tarihli kararı.

⁶⁹ Ahzu kabz yetkisi yürütülerek ilgili meblağ üzerinde zilyetlik kurulmadan hapis hakkı kullanılamaz. Bkz. Ruhi, Ruhi, s. 84; Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 45. maddesine göre, avukat, “hapis hakkı”nı alacağı ile oranlı olarak ileri sürebilir.

⁷⁰ “Kayseri Barosu avukatlarından olan sanığın, Kayseri 3. Aile Mahkemesi'nin 2013/601 esasına kayden takip ettiği katkı payı alacağı ve Sarıoğlan Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2013/57 (Yargıtay bozmasında önce 2010/19) esasına kayden yürüttüğü vasiyatnamenin iptali konulu davalarda katılanın vekili sıfatıyla görev yaptığı, davaların anlaşma ile sonuçlanması ve davalardan feragat edilmesi üzerine, taraflar arasında düzenlenen 15/09/2014 ta-

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, zimmet suçunun düzenlendiği bölüm temel alınarak bir yaklaşım geliştirilmelidir. Zimmet suçu (TCK m. 247), Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler başlığı taşıyan Dördüncü Kısım altındaki Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar başlıklı Birinci Bölüm içerisinde yer almıştır. Madde hükmüne bakıldığında görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu malı kendisinin veya başkasının zimmetine geçiren kamu görevlisinin cezalandırılması öngörülmüştür. Madde hükmü esasen, idarece istihdam edilen kişilerin kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı bir suçun işlendiğini göstermektedir. Nitekim eşyanın mülkiyetinden ziyade, suçta korunan hukuki değer, toplumda kamu görevlisine duyulan itimattır⁷¹. Bu bahisle idarece istihdam edilmeyen ve kamu hizmeti yürütse de serbest meslek kapsamında olan avukatın müvekkiline ait maddi değeri kendi malvarlığına dahil etmesi, kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişi ile bağlantılı bir hukuki değeri ihlal etmemektedir⁷².

Kanaatimizce suçun konusundan hareket edilerek bir çözüm geliştirilebilir. Zimmet suçunun konusu, kamu görevlisine görevi nedeniyle bırakılmış eşya veya kamu görevlisinin koruma ve gözetim yükümlülüğü altında olan eşyadır⁷³. Burada kamu görevlisinin sorumluluğu toplumu oluşturan herkese karşıdır. Ancak avukatın ahzu kabz yetkisine dayanarak icra dairesinden tahsil ettiği paranın zimmet suçunun konusunu oluşturmadığı açıktır. Nitekim avukatın parayı tahsil edip uhdesinde bulundurma ve teslim

rihli "İbraname" başlıklı sözleşme uyarınca, karşı tarafın katılana ödenmek üzere bankaya yatırdığı 50.000 TL'yi almak için, sanık ile katılanın 18/11/2014 tarihinde Şekerbank Erciyes şubesine gittikleri, paranın bankadan çekilmesinden sonra sanığın katılana, parayı ertesi gün bürosunda vereceğini söyleyerek çekilen miktarı aldığı ve herhangi bir vekalet ücreti alacağı bulunmadığı halde uhdesinde tuttuğu iddia edilen olayda; Sanığın aşamalarda değişiklik göstermeyen savunmalarında, bahse konu paranın kendisinin vekalet ücreti alacağı olduğunu, katılanın da bu paranın bankadan çekilmesi sırasında bu amaçla kendisine verilmesine rıza gösterdiğini beyan ettiği, sanığın hapis hakkını kullanmayı gerektirir bir alacağı bulunup bulunmadığının belirlenmesi amacıyla tanzim edilen bilirkişi raporuna göre de, sanığın hapis hakkını kullanmayı gerektirir sözleşmeden kaynaklı alacağının bulunduğu belirlendiği anlaşılmakla; sanığın, katılan adına tahsil ettiği 50.000 TL'yi vekalet ücretine mahsuben 1136 sayılı Avukatlık Kanunu uyarınca hapis hakkını kullanarak uhdesinde tuttuğu ve atılı hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunun yasal unsurlarının oluşmadığı gerekçesiyle verilen beraat hükmünde bir isabetsizlik görülmemiştir." (Yargıtay 15. Ceza Dairesi'nin E.2017/37959, K.2021/5507 sayılı ve 20.05.2021 tarihli kararı).

⁷¹ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, s. 1031.

⁷² Özbek, Meraklı, s. 1170.

⁷³ Koca, Üzülmez, Özel Hükümler, s. 971.

etme yükümlülüğü devlete yönelik bir yükümlülük değildir. Bu yükümlülük vekâlet ilişkisine bağlı olarak müvekkile karşıdır. Aynı zamanda ahzu kabz yetkisi, yukarıda da bahsedildiği üzere, özel hukuk ilişkisi çerçevesinde incelenmektedir. Üstelik mal üzerinde zilyetlik görev dolayısıyla değil, üstlenilen vekalet ilişkisiyle kurulmaktadır⁷⁴. Sonuç olarak bu yetkiye dayanarak tahsil edilen miktarın müvekkile verilmemesi, zimmet suçuna vücut vermeyecektir. Bu yüzden “*zimmete geçirilen malın Devlete veya özel kişilere ait olmasının suçun oluşması bakımından öneminin olmadığı*” şeklindeki gerekçeye katılmak mümkün değildir. İlgili gerekçe zimmet suçunun esaslarıyla bağdaşmamaktadır.

TCK'nın 155. maddesinde yer alan güveni kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için başkasına ait olup da muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyetliği kendisine devredilmiş mal üzerinde kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunma veya bu devir olgusunu inkar etmek gerekir. İlâveten meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin ya da hangi nedenden doğmuş olursa olsun, başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş eşya üzerinde fiilin işlenmesi suçun nitelikli unsurunu (f. 2) oluşturur. Bilinmelidir ki avukatla müvekkil arasında kurulan vekâlet ilişkisi karşılıklı güveni temel alan bir ilişkidir⁷⁵. Vekâlet ilişkisi, hizmet ilişkisinden farklılık arz eder. Nitekim avukatın kendi iş anlayışı içerisinde işverenin mesai ve iş konusunda herhangi bir emri olmadan aldığı icra ve dava dosyalarını takip etmesi, kendi işlerine yardımcı olması için ücret karşılığı bir eleman istihdam etmesi, verilen görevi reddetme hakkının bulunması gibi hususlar iş sözleşmesinin esaslı unsurları olan hukuki ve kişisel bağımlılık içerisinde görülemez⁷⁶. Her ne kadar iş hukuku anlamında olmasa da vekalet ilişkisi temelinde avukat, müvekkilin dava işlerini ve icra takiplerini yerine getirerek esasında bir hizmet sunar. Avukatın ahzu kabz yetkisi bağlamında icra dairesinden tahsil ettiği parayı müvekkiline teslim etmemesi esasında vekalet ilişkisinden kaynaklanan karşılıklı güvenin kaybolmasına yol açar. Diğer bir anlatımla kamu idaresinin güvenilirliğinden ziyade, müvekkilin

⁷⁴ Tezcan, Erdem, Önok, s.1268.

⁷⁵ Özen, *Avukatlık Hukuku*, s. 189.

⁷⁶ Keza avukatla yapılan sözleşmede takip edilen dava ve icra dosyaları için aylık ücret ödeneceğinin kararlaştırılması dahi bir iş hukuku ilişkisi anlamına gelmemektedir. Bkz. Özen *Avukatlık Hukuku*, s. 513; Vekalet sözleşmesi uyarınca bir işin görülmesini üzerine alan avukat müvekkilinin emriyle hareket etmez ve iş karşılığı ücret ödenmiş olması avukat bağımsızlığını ihlal etmez. Bkz. Şenol, s. 282.

avukata duyduğu güven ihlal edilmiştir. Başka bir açıdan bakıldığında ilgili durum bir yükümlülük ihlalini de oluşturmaktadır. Nitekim Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 43. maddesi uyarınca işin sonunda müvekkil adına alınan paralar ve başkaca değerler avukat tarafından gecikmeksizin müvekkile duyurulur ve teslim edilir⁷⁷.

Avukatın duruşma dışı görevlerinde, örneğin müvekkilleri ile olan danışma işlemlerinde kamu görevi ifa etmediklerine ve dolayısıyla kamu görevlisi sayılamayacaklarına vurgu yapılmıştır⁷⁸. Buradan hareketle icra dairesinden paranın müvekkil adına tahsil edilmesiyle avukatın kamu görevi sona ermektedir. Avukatın, sırf TCK m. 6, f. 1 bent c hükmü ve madde gerekçesi anlamında kamu görevlisi olarak zikredilmesi, icra ettiği mesleğin kamusal nitelik taşıdığını göstermemektedir. Paranın müvekkile verilmesinin kamu hukukundan kaynaklanan bir yükümlülüğe isabet etmediği ortadadır. Paranın tahsil edilmesinden sonra artık özel hukuk ilişkisinden bahsetmek gerekir. Bu gerekçeler doğrultusunda hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunun oluştuğu sonucuna ulaşılabacaktır⁷⁹. Bu sonucun TCK m. 3, f.

⁷⁷ Bu yükümlülük ihlali aynı zamanda kınamayı gerektiren bir disiplin cezasını oluşturur:

“Disiplin kovuşturmasında müvekkil adına tahsil edilen miktarların zamanında müvekkile aktarılıp aktarılmadığı, avukatın uhdesinde tuttuğu miktar varsa bunun yapılan masraflar ve avukatın ücret alacağı ile oranlı olup olmadığı, bu konuda müvekkilini yazılı olarak bilgilendirilip bilgilendirilmediği ve varsa kalan miktarın iade edilip edilmediği hususunun tespiti önem arz etmektedir. Şikâyetli avukatın, şikâyetçi müvekkili adına tahsil ettiği paradan müvekkiline bilgi vermemesi, parayı haksız ve geçerli bir neden olmaksızın uzun süre uhdesinde tutmuş olması, ödediğini savunduğu miktarla ilgili yazılı belge sunmamış olması karşısında, şikâyetli avukatın kendisinden beklenen özen yükümlülüğünü ve mesleğine güveni sarsacak şekilde ve şikâyetçi müvekkilinin işini sadakatle takip etme görevini yerine getirmediğinden eylemi Avukatlık Yasasının 34 ve 134.maddeleri ile Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3, 4 ve 43.maddelerine açıkça aykırı olmakla eylem disiplin suçunu oluşturmaktadır. Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulunun “kınama cezası verilmesine” ilişkin kararında hukuki isabetsizlik görülmemiş onanmasına karar vermek gerekmiştir. Sonuç olarak, Şikâyetli avukatın itirazının reddi ile, Baro Disiplin Kurulunun “Kınama cezası ile cezalandırılmasına” ilişkin kararının ONANMASINA, oybirliği ile karar verildi” (Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu’nun, E.2010/544, K.2011/53, 28.01.2011 tarihli kararı). Erişim, <https://www.barobirlik.org.tr/DisiplinKararlariDetay/291>, 10.12.2021.

⁷⁸ Turabi, s. 99.

⁷⁹ 7188 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 26. maddesiyle uzlaştırmayı düzenleyen Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 253. maddesinde birtakım değişiklikler yapılmıştır. Güveni kötüye kullanma suçunun temel şekli (TCK m. 155, f. 1) şikâyete bağlı bir suçtur ve uzlaştırmaya tabidir. Ancak bu değişiklik sonrasında ikinci fıkradaki suçun nitelikli unsuru da uzlaştırma kapsamına alınmıştır. Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra müvekkil ve avukat arasında ortaya çıkan ahzu kabz yetkisine ilişkin bu uyuşmazlık ilk olarak uzlaştırma hükümlerine göre çözümlenecektir.

1 hükmüyle belirtilen orantılılık ilkesiyle de uyumlu olduğu ifade edilmiştir⁸⁰. İncelenen kararda Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun; ahzu kabz yetkisine, avukat ile müvekkil arasında kurulan vekalet ilişkisine, hukuka aykırı olarak ele geçirilen maddi değerın müvekkile ait olduğuna, oluşan zararın kamu zararı olmadığına ve bu ilişkinin hizmet nedeniyle bir güven oluşturduğuna dair açıklamaları isabetlidir. Aynı zamanda bu açıklamalar avukatlığın kamu hizmeti veren serbest meslek olma niteliği ile uygundur.

Avukatlık mesleği kamusal faaliyete katılma dâhilinde kamu görevlisi, vekâlet sözleşmesi söz konusu olduğunda serbest meslek olarak kabul edilmektedir. Mesleğin, kamu hukuku hiyerarşisine dâhil olmaması, devletin nam ve hesabına yapılan bir iş niteliğinde görülmemesi, baro levhasına yazıldıktan sonra çalışıp çalışmama ve müvekkillerini seçme hususunda bağımsız olmaları ve devletten herhangi bir gelir elde etmemeleri, gelirlerinin müvekkillerinden alınan vekâlet ücretinden oluşması, devletin mali bir katkısının bulunmaması, müvekkilleri ile ilişkilerinin vekâlet sözleşmesine dayanması ve yükümlülükler de kendisinin katlanmasına dair hususlar, avukatın kamu görevlisi sayılmamasına yönelik önemli belirtilerdir. Buna karşılık TCK m. 6, f. 1, bent c hükmü ve madde gerekçesi avukatı bir kamu görevlisi olarak görmekteyse de toptancı bir anlayışla hareket etmemek gerekir. Avukatın alelittlak kamu görevlisi olduğunu iddia etmek, doğru bir yaklaşım olmayacaktır⁸¹. Aksi durum avukatlığın serbest meslek oluşuyla ve bağımsızlığıyla bağdaşmamaktadır. Konuyu bir örnekle açıklamak mümkündür. Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin bir kararına göre avukatın, ücret karşılığı müvekkilinin vekaletini almasına rağmen, vekaleti mahkemeye sunmaması ve dosyada işlem yapmaması sonucu işlemden kaldırılarak zarara ve mağduriyete neden olması da ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur. Kararın bu kısmında herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Ancak kararın devamında, dosyanın işlemden kaldırılmasına rağmen görevinin sağladığı güveni kötüye kullanarak keşif yapılacağını beyanla masraf adı altında avukatın para talep edip elde etmesinin de irtikap suçunu (TCK m. 250, f. 2) oluşturduğuna işaret edilmiştir⁸². Kanaatimizce dosya üzerinde masraf istenmesi avukat ile müvekkil arasındaki bir konudur. Burada avukat, kamu

⁸⁰ Aksi tutumun zimmet suçu uyarınca son derecede ağır cezaları gerektireceğine işaret edilecek, suç ve ceza arasındaki orantılılığın olmaması gerekçesiyle AİHS m. 6, 7 ve 14 hükümlerinin ihlale uğrayacağına vurgu yapılmıştır. Bkz. Tezcan, Erdem Önok, s. 861.

⁸¹ Doktrinde avukatın kural olarak kamu görevlisi olduğunu, ancak bu hususun her suç tipi açısından geçerli olmadığı ifade edilmektedir. Bkz. Tulay, s. 1230.

⁸² Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin E.2012/16008, K.2014/3224 ve 20.03.2014 tarihli kararı.

görevinin sağlamış olduğu nüfuzu kötüye kullanmamış olup müvekkilinin şahsına duyulan güvenini sarsmıştır. İşlemden kaldırılmasına rağmen, dava seyri devam ediyormuş gibi keşif için masraf istenmesi esasen hileli hareketler kapsamındadır ki dolandırıcılık suçunun işlendiğinden bahsedilebilir. Serbest meslek sahibi kişiler tarafından mesleklerinden dolayı kendilerine duyulan güvenin kötüye kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçunun işlenmesi, suçun nitelikli unsurunu oluşturur (TCK m. 158, f. 1, bent i). Somut olaydaki avukatın irtikap suçunu değil, nitelikli dolandırıcılık suçunu işlediği sonucuna ulaşmaktayız. Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin avukatın sırf kamu görevi yürütmesi dolayısıyla konuyu Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar bağlamında ele almasını doğru bulmamaktayız. Nitekim avukat-müvekkil arasında mevcut olan vekaletin sağladığı güven ilişkisinin ve avukatlığın serbest meslek kapsamında olduğunun, somut olayda ön plana çıktığından söz etmek gerekir.

Bununla birlikte avukatın genel geçer bir şekilde kamu görevlisi olmadığını söylemek de doğru değildir. Zira avukatın kanunla tevdi edilen kamu gücü ayrıcalıkları ve yükümlülükleri söz konusudur⁸³. Keza bu meslek kamu hizmetinin görülmesi bağlamında özel faaliyetlerden farklı bir hukuki rejime tabidir ki bu noktada avukat dokunulmazlığından bahsedilir. Her ne kadar avukat “yargı görevini yapan” içerisinde olsa da bu durum mesleğin yargının önemli sac ayaklarından biri olduğunu vurgulamak ve savunma hakkını güçlendirmek içindir. Buradan bakıldığında da avukatın her durumda kamu görevlisi olduğu sonucuna ulaşamaz. Yargıtay'ın ortaya koyduğu istikrar kazanan içtihatlarında yer alan karşı oy yazıları dahi konunun tam olarak anlaşılmadığını göstermektedir. Bu doğrultuda toptancı anlayışlardan ziyade, mesleğin icrası sırasında, kamu hukuku ilişkisi veya vekalet ilişkisi gibi somut olayda hangi ilişkinin daha güçlü bir şekilde ortaya çıktığına veya ağır bastığına göre bir değerlendirme yapmak hukuken daha isabetlidir.

B- İkinci Sorun Bakımından

Müvekkilin alacağını avukattan alabilmek için icra takibine başvurmasını ve bu icra takibi dahilinde alacağın tahsil edilmesini etkin pişmanlık hükümleri açısından değerlendirmek gerekir. İlk derece mahkemesi, zimmet suçu bağlamında vermiş olduğu hükümde alacağın icra yoluyla tahsiline rağmen etkin pişmanlık hükümlerini (TCK m. 248, f. 2) uygulamıştır. Fakat güveni kötüye kullanma suçunun hizmet ilişkisi nedeniyle nitelikli unsurunun

⁸³ Düğür, s. 63.

oluştugu göz önüne alındığında TCK'nın 168. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı konusu tartışılmalıdır. Etkin pişmanlık bazı suçlar açısından suç tamamlandıktan sonra daha soruşturma başlamadan evvel, soruşturma evresinde, hüküm verilmeden önce ve bazı durumlarda cezanın infazı sürecinde işlenen haksızlığın etkilerinin mümkün olduğunca giderilmesi veya azaltılması halinde gündeme gelmektedir. Bu durumda etkin pişmanlık gösteren faille hiç ceza verilmemesi veya cezasında belli bir miktar indirim yapılması öngörülmektedir⁸⁴. TCK'nın 168. maddesinde yer alan etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması için failin gerçekten bizzat pişmanlık duyarak mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi gerekmektedir. Madde hükmü failin gerçekten pişmanlık duyarak aynen iade veya tazminin yerine getirilmesini aramıştır. Ne de olsa etkin pişmanlık gönüllü vazgeçmenin tamamlanmış suçlardaki görünüm şeklini oluşturmaktadır⁸⁵. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir kararında etkin pişmanlıkla ilgili olarak şu hususlara yer verilmiştir:

“Bu açıklamaların sonucu olarak; iade ve tazminin cebri icra yoluyla gerçekleştirilmesi, zararın failin rızası hilafına veya ondan habersiz olarak üçüncü kişilerce giderilmesi, eşyanın failin yakalanmamak için kaçarken atması sonucu veya kaçarken yakalanan failin üzerinde ele geçirilmiş olması gibi hâllerde, failin gerçek anlamda pişmanlığından söz edilemeyeceğinden, TCK'nın 168. maddesinin uygulanma şartları oluşmayacaktır. Bununla birlikte, etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için mağdurun uğradığı zararın aynen geri verme veya tazmin suretiyle giderilmesi şartı yerine getirilirken duyulan pişmanlığın mutlaka sözle ifade edilmesi zorunluluğu bulunmayıp davranışlar yoluyla da gösterilebileceği; yine sanığın en azından pişmanlığını ya da iade ve tazmine rıza gösterdiğini ortaya koyacak söz veya davranışlarda bulunması, karşı duruş sergilememesi koşuluyla, suç nedeniyle meydana gelen zararın, sanık adına, üçüncü kişilerce giderilmesi hâlinde de sanık hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması olayın özelliklerine göre mümkün olabilecektir.”⁸⁶

İncelemeye konu olan kararda müvekkil, avukattan olan alacağını

⁸⁴ Özgeç, Genel Hükümler, s. 746.

⁸⁵ Koca, Üzülmez, Genel Hükümler, s. 447.

⁸⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun E.2019/6-383, K.2021/357 sayılı ve 08.07.2021 tarihli kararı.

alabilmek amacıyla icra takibine başvurmuş ve alacağıın bir kısmını tahsil edebilmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bu kararı ışığında avukatın etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmesi mümkün değildir. Nitekim avukat pişmanlık duyarak müvekkilinin alacağını aynen iade veya tazmin suretiyle karşılamamıştır. Somut olayda alacağın bir kısmı karşılanırsa dahi mağdurun cebri icra yoluna başvurması dolayısıyla rızasının aranmayacağı (TCK m. 168, f. 4) izahtan varestedir.

SONUÇ

Yukarıda gerekçeleriyle birlikte değerlendirdiğimiz karar incelemesi nezdinde iki hukuki soruna çözüm aranmıştır. Birinci sorun bakımından ulaştığımız sonuç; TCK m. 6, f. 1, bent c hükmü ve madde gerekçesinden hareketle avukatın mutlak bir şekilde kamu görevlisi olarak görülmemesi gerektiğidir. Avukat, “yargı görevini yapan” dahilinde olsa da bu husus, yargının işleyişinin sağlanması ve savunma hakkına ilişkindir. Kanaatimizce “yargı görevini yapan” ifadesi avukatın doğrudan kamu görevlisi olduğunu göstermemektedir. Aksi halde avukatın müvekkili ile olan ve güvene dayanan vekalet sözleşmesini kamu hukuku alanına taşımak anlamına gelir ki bu husus avukat bağımsızlığının ve serbest meslek niteliğinin sona ermesi anlamına gelmektedir. Tüm bu hususlar nazara alındığında, ahzu kabz yetkisine dayanarak tahsil edilen paranın müvekkile verilmemesi zimmet suçunu değil, bilakis güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli unsurunu (TCK m. 155, f. 2) oluşturmaktadır.

Mesleğin niteliklerine bakıldığında avukatın bütünüyle kamu görevlisi olmadığını da ifade etmemek gerekir. Özellikle mesleğe tanınan kamu hukuku ağırlıklı yükümlülükleri ve ayrıcalıkları izah etmek ciddi derecede güçleşir. Bu durum aslında gri bir alana tekabül eder. O halde somut olayın koşulları göz önüne alınarak mesleğin icrası sırasında, vekalet ilişkisi veya kamu hukuku ilişkisinin hangisinin daha ağırlıklı bir şekilde ortaya çıktığına bakmak gerekir.

İkinci sorun incelendiğinde, karara konu alacağın cebri icra yoluyla tahsil edildiği görülmektedir. Dolayısıyla TCK m. 168'deki etkin pişmanlık hükümlerinin uygulama alanı bulamayacağı açıktır. Somut olayda avukat, bizzat pişmanlık göstererek müvekkilinin zararını aynen iade veya tazmin suretiyle gidermemiştir. Mağdur olan müvekkil, ilgili alacağı cebri icra yoluyla tahsil ettiği için rıza suretiyle kısmi tazmin (TCK m. 168, f. 4) de söz konusu olmayacaktır.

KAYNAKÇA

- Artuk M. E., Gökçen A., Alşahin M. E., Çakır K., *Ceza Hukuku: Özel Hükümler*, 20. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022.
- Aydın H., “Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, *Ankara Barosu Dergisi*, 68 (1), 2010, s. 109-128.
- Demir A., *Hukuki Terimler Sözlüğü*, Astana Yayınları, 2017.
- Demirbaş T., *Ceza Hukuku: Genel Hükümler*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Dönmez B. D., “Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, *TBBD*, 94, 2011, s. 95-130.
- Düğer S., “İdare Hukuku Açısından Avukatlık”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 27 (1), 2019, s. 55-77.
- Gökcan H. T., “Yeni Türk Ceza Kanunu Hükümleri Karşısında Avukatlık Mesleği”, *Ankara Barosu Dergisi*, 67 (2), 2009, s. 151-156.
- Koca M., Üzülmüş İ., *Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler*, 15. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Koca M., Üzülmüş İ., *Türk Ceza Hukuku: Özel Hükümler*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021.
- Özbek V. Ö., Meraklı S., “Ceza Hukukunda Avukatın Kamu Görevlisi Olarak Kabul Edilebilirliği Sorunu”, *Dr. Silvia Tellenbach'a Armağan*, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 1157-1176.
- Özen A., *Avukatlık Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Özen M., Tozman Ö., “Türk Ceza Hukuku'nda Kamu Görevlisi Kavramı”, *Amme İdaresi Dergisi*, 42 (4), 2009, s. 25-57.
- Özgenç İ., *Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler*, 18. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Özgenç İ., “Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4 (1-2), 1994, s. 329-348.
- Ruhi C., Ruhi A.C., *Avukatlık Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 2021.

- Sav A., “Savunma Mesleği Bir Kamu Hizmetidir”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 68, Sayı: 1, 2010, s. 133-143.
- Soyaslan D., “Ceza Hukukunda Memur Kavramı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 45 (1), 1996, s. 41-53.
- Şenol T. “Bağımsız Avukatlık”, *TBBD*, 54, 2004, s. 269-291.
- Tezcan, D., Erdem, M. R., Önok R. M., *Teori ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 20. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Tulay M. E., “Suç Ortaklarının Cezai Sorumluluğu Üzerinde Kamu Görevlisi Sıfatının Hukuki Etkisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 70 (4), 2021, s. 1223-1259.
- Turabi S., “Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 7 (20), s. 87-110.
- Türay A., “Ceza Hukuku Bağlamında Kamu Görevlisi Kavramına İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: XIV, Sayı: 2, 2017, s. 355-377.
- Ünal O. G., “Müdafinin Yasaklılık Halleri”, *Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul Barosu Yayınları, 2008, s. 463-492.
- Yaşar O, Gökcan H. T., Artuç M., *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, 2. Baskı, 1. Cilt, Adalet Yayınevi, 2014.

TÜRK CEZA HUKUKUNDA KAMU GÖREVLİSİ SAYILMA ÖLÇÜTLERİ

YCGK 2020/337 E., 2021/162 K., 22.04.2021

Criteria For Being Considered As Public Official In Turkish Criminal Law

YCGK 2020/337 E., 2021/162 K., 22.04.2021

Abdulkadir ÇADAK*

Özet

Önceki Türk Ceza Kanununda yer alan “memur” ve “kamu hizmeti gören” ayrımı karışıklığa sebebiyet verdiği için yeni Türk Ceza Kanununda böyle bir ayrım yerine tek bir statü olarak “kamu görevlisi” kavramına yer verilmiş ve bunun tespitinde “kamusal faaliyete katılım” esas alınmıştır. Ancak bu kavram da açıklanmaya ve sınırlandırılmaya muhtaçtır. Bu çalışmada da yukarıda künyesi belirtilen Yargıtay kararı incelemesi vesilesiyle kişilerin ceza hukuku bakımından kamu görevlisi sayılabilmesi için hangi kriterleri taşıması gerektiği üzerinde durulacaktır. Öğretideki görüşlerden ve yargı kararlarından yola çıkarak genel bir çerçeve çizmenin yanı sıra fail ve mağdur olarak kamu görevlisi ayrımına gidilecek, bu bağlamda ek bir ölçüt olarak kamu güveni üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler :Kamu görevlisi, kamusal faaliyet, kamu güveni, memur, kamu hizmeti

Abstract

Since the distinction between “officer” and “public service worker” in the previous Turkish Penal Code caused confusion, the concept of “public official” as a single status is included in the new Turkish Penal Code instead of such a distinction, and “participation in public activities” is taken as the basis for determining this. However, this concept also needs to be explained and limited. In this study, on the occasion of an examination of the Turkish Supreme Court of Appeal decision, which is mentioned above, it will be focused on what criteria people should meet in order to be considered a public official in terms of criminal law. In addition to drawing a general framework based on the views in the doctrine and judicial decisions, a differentiation will be

* Araştırma Görevlisi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye, e posta: abdulcadak@hbv.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7621-9509.

made between public officials as perpetrators and victims, and in this context, public trust will be emphasized as an additional criterion.

Keywords : *Public official, public activity, public trust, officer, public service*

GİRİŞ

765 sayılı Türk Ceza Kanununun ilk halinde kamuda çalışanların sorumluluk statüsü olarak yalnızca memur kavramına yer verilmiş, daha sonra kapsam genişletilerek kamu hizmeti görenlerin de memur gibi cezalandırılmaları öngörülmüştü. Aynı dönemde farklı kanunlarda bazı iş kollarında veya kurumlarda çalışanların, belli vasıfları taşıyanların da ceza hukuku bağlamında memur sayılacağı düzenlenmişti. Bu durum öğretide eleştirilmiş ve bu statünün tek bir kavram altında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Nitekim 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda (TCK) “*kamu görevlisi*” olarak tek bir kavram benimsenmiş ve temel ölçüt olarak “*kamusal faaliyete herhangi bir surette katılım*” kabul edilmiştir. Ne var ki bunun da soruna kesin bir çözüm getirdiğini söylemek güçtür. Bu sebeple öncelikle kamusal faaliyetin ne olduğu ve katılımın ne şekilde olması gerektiği açıklanmalı, bu kapsamda kriterler tespit edilmeli ve böylece kapsam ve sınırlılıklar belirlenmelidir.

Bu çalışmada mahkemece yazılan yazıya cevap verilmemesi olayını konu alan Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YCGK) kararı incelenirken; öncelikle ceza hukuku sorumluluğu tartışılacak, bu doğrultuda görevi kötüye kullanma suçunun oluşup oluşmadığı tespitinin ardından ceza hukukunda kamu görevlisi sayılabilmek için hangi ölçütlerin aranması gerektiği öğretisi ve içtihatlar ışığında açıklanacaktır. Kamu görevlisinin kanundaki tanımı geniş ve muğlak bir çerçeve çizdiğinden, belirlilik sağlama ve sınırlama yapma amacıyla kullanılan ifadelerin nasıl anlaşılması gerektiği üzerinde durulacaktır. Bu kapsamda bazı faaliyetleri icra edenlerin kamu görevlisi sayılıp sayılmayacağı örnek kabilinden irdelenecektir. Fail ve mağdur olmak üzere kamu görevlisi sıfatında bir ayrıma gidilmesi ve bu bağlamda güven prensibine yer verilecek olması, çalışmanın hem emsal çalışmalardan farklı yönünü ortaya koyacak hem de belirleme ve sınırlama amacına katkı sağlayacaktır.

Kamu görevlisi başlığı altında son olarak, özel kanunlarda kamu görevlisi sayılanlar ve kamu görevlisi gibi cezalandırılanlara ilişkin düzenlemelere

değınilecektir. Karar incelemesi dahilinde ikinci hukuki sorun olarak olayda kabahat nevinden bir sorumluluğun oluşup oluşmadığı değerlendirilmek suretiyle çalışma nihayete erdirilecektir.

I. KARAR

A. Olay Özeti:

SS Kent Konut Yapı Kooperatifi yönetim kurulu ikinci başkanı olan K'nin, hakkı olmayan yere tecavüz suçundan yargılandığı davada Mersin 8. Asliye Ceza Mahkemesince şikâyetçi M'nin kooperatif üyeliğinden çıkarılıp çıkarılmadığı, çıkarılmış ise buna ilişkin tüm belgelerin gönderilmesine ilişkin 06.10.2011 ve 05.12.2011 tarihlerinde kooperatife yazılan yazılara kooperatifte adli yazışmalardan sorumlu S ve P cevap vermemiştir.

B. Çözülmesi Gereken Hukuki Sorunlar

1. Mahkeme tarafından yazılan yazıya cevap verilmemesi suç oluşturur mu?
2. Bu ihmali davranış suç ile birlikte veya tek başına kabahat teşkil eder mi?

1. Mercilerin Çözüm Şekilleri

a. İlk Derece Mahkemesi:

Mersin (kapatılan) 1. Sulh Ceza Mahkemesi S ve P'nin, ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçundan TCK'nın 257/2, 62, 50/1-a ve 52/2-4. maddeleri gereğince 1.500 TL adli para cezasıyla cezalandırılmasına hükmetmiştir.

b. Yargıtay Ceza Dairesi:

Yargıtay 5. Ceza Dairesi S ve P'nin, Mersin 8. Asliye Ceza Mahkemesince şikâyetçi M'nin kooperatif üyeliğinden çıkarılıp çıkarılmadığı, çıkarılmış ise buna ilişkin tüm belgelerin gönderilmesine ilişkin 06.10.2011 ve 05.12.2011 tarihlerinde kooperatife yazılan yazılara cevap vermemesi şeklindeki eylemi nedeniyle kamu görevlisi gibi cezalandırılabilmesine yasal olanak bulunmadığı ve dolayısıyla özğü suç niteliğindeki görevi kötüye kullanma suçunun faili olamayacağı, eyleminin 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 32. maddesinde düzenlenen "emre aykırı davranış" kabahatini oluşturacağı belirtilmiştir.

c. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı:

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı şu açıklamalarla itiraz kanun yoluna

başvurmuştur: “CMK’nın 161/2-4. maddesi uyarınca adli kolluk görevlileri ve diğer kamu görevlileri, yürütülmekte olan soruşturma ile ilgili ihtiyaç duyulan belgeleri talep eden Cumhuriyet savcısına vakit geçirmeksizin temin etmekle yükümlüdür. Maddenin 5. fıkrasına nazaran da belge temininde ihmalleri görülen memur ve amirler hakkında Cumhuriyet savcısı tarafından doğrudan soruşturma yapılabileceği öngörülmektedir. CMK’nın 332/2. maddesinde, bilgi isteme tüm özel ve resmî kuruluşları kapsamaktadır. Cevap vermeme hâlinde oluşacağı belirtilen suçun görevi kötüye kullanma olduğu ve özgü suç niteliği taşıdığı için failinin ancak kamu görevlisi olabileceği tartışmasız kabul edilmelidir. Türk Ceza Kanunu’nun tanımlar başlıklı 6/1-c maddesi kapsamında, atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette geçici olarak kamusal faaliyetin yürütülmesine katılan kişi niteliğinde olduğundan, kamu görevlisi sayılacak ve kamu görevlisi gibi cezalandırılması gerekecektir. Sanıkların, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu’nun 62/3. maddesinde; kooperatif yönetim kurulu üyeleri ve memurlarının suç teşkil eden fiil ve hareketlerinden ve özellikle kooperatifin para ve malları bilanço, tutanak, rapor ve başka evrak, defter ve belgeleri üzerinde işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılacağına öngörüldüğü, Sanıkların, mahkemeye sunmakla yükümlü oldukları, sıfatlarının, tanık, bilirkişi, tercüman görevlendirilmesinde olduğu gibi kamusal faaliyete katılan ve kamu görevlisi sayılan bir kişi konumunda bulunduğu ve TCK’nın 6/c maddesi kapsamında memur sayıldığı, Sanığın kamu hizmetine atama ya da seçilme yoluyla değil ancak geçici olarak kamu hizmetine katılan kişi sıfatında bulunduğu ve mahkemenin talebi üzerine yerine getirdiği özel görevin kamu hizmeti olduğu ve CMK’nın 332/2. maddesi uyarınca bilgi istemenin tüm özel ve resmî kuruluşları kapsadığı tartışmasız kabul edilmelidir. Zira bu düzenleme olmasa da resmî görevliler hakkında TCK’nın 161/5. maddesi kapsamında sorumlu olduğu açıkça görülmektedir. Kanun koyucunun amacı, soruşturma ve yargılamayı yürüten hâkim ve savcılarının maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve makul sürede, süratli, adil ve usul ekonomisi açısından uygun şekilde tüm işlemlerin disiplin içinde yürütülmesini sağlamak için resmî ve özel tüm kuruluşları kapsayan CMK’nın 332. maddesinin düzenlendiği ...»

ç. Ceza Genel Kurulu:

Ceza Genel Kurulu ise aşağıdaki gerekçeyle 5. Ceza Dairesinin görüşüne iştirak edip itirazı reddetmiştir: “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 6. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendindeki “kamu görevlisi” tanımında yer alan “katılan kişi” ibaresi ile, madde gerekçesinde yer alan “kamusal faaliyet”

açılımından hareketle, bir kimsenin Ceza Kanunu uygulamasında “kamu görevlisi”, yapılan faaliyetin de “kamusal faaliyet” sayılabilmesi için, kamu adına yürütülen bir hizmetin bulunması, bunun da Anayasa ve yasalarda belirlenmiş usullere göre verilmiş bir siyasal karara dayalı olması ve ayrıca faaliyetin kamuya ait güç ve yetkilerin kullanılması suretiyle gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Madde gerekçesinde de belirtildiği gibi kişi bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında üstlendikleri zorunlu veya geçici görevleri nedeniyle kamu görevlisi oldukları ve görevlendirilmeleri nedeniyle kanunda da ne şekilde görevlerini yerine getirecekleri düzenlenerek kamusal faaliyete katıldıkları, kamu görevlisi olan bilirkişiler CMK’nın 66/3-4. maddesi uyarınca yararlı görülecek tedbirlerin alınmasını isteme yahut şüpheliye, sanığa ya da mağdura soru sorma gibi yetkiler kullanmak suretiyle bu sürece katılmaktayken, CMK’nın 332. maddesinde belirtilen faaliyetin ise bilgi vermekten ibaret olması karşısında, kendisinden bilgi istenilen kişilerin kamu görevlisi olmayıp özel hukuk hükümlerine tabi bir kişi olması durumunda CMK’nın 332. maddesinin TBMM Adalet Komisyonuna sunulan teklif gerekçesinde “Suçların soruşturulması ve kovuşturulmasının etkin bir şekilde yürütülmesinin sağlanması amacıyla söz konusu önergenin verildiği” hususu da dikkate alındığında, soruşturma ve kovuşturma işlemleri sırasında ihtiyaç duyulan bilgi ve belgelerin teminine yönelik bu zorunluluktan özel kişi ve kuruluşların yargı görevinin işleyişine geçici olarak katıldığı sonucuna ulaşılamayacağı, CMK’nın 332. maddesinin lafzı ve Kanun’un sistematigi bir bütün olarak göz önüne alındığında; Türk Ceza Kanunu’nun “suçta ve cezada kanunilik ilkesi” başlıklı 2. maddesi uyarınca da kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemeyeceği gibi ceza hukuku normlarının sanığın zararına olarak, kıyas niteliğinde, genişletici biçimde yorumlanmasının kanunilik ilkesine ters düşeceği kabul edilmelidir. Bu yüzden eylem görevi ihmal değil, Kabahatler Kanununun m. 32’de düzenlenen “emre aykırı davranış” kabahatini oluşturmaktadır.”

2. Görüşümüz

a. S ve P’nin mahkemeye cevap vermemesi ceza sorumluluğu doğurur mu ?

1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun (CMUK) Ek 4. maddesinde “*Ek birinci maddede gösterilen suçların soruşturma veya kovuşturulması sırasında Cumhuriyet Savcısı veya yardımcıları veya hakim yahut mahkeme tarafından yazılı olarak istenilen bilgilere yedi gün içinde cevap verilmesi zorunludur. Eğer bu süre içinde istenen bilginin verilmesi imkansız*

ise sebebi ve en geç hangi tarihte cevap verilebileceği bildirilir. Bilgi istenen yazıda, yukarıdaki fıkralar hükmü ile buna aykırı hareket etmenin kanuni sonuçları yazılır. Birinci ve ikinci fıkra hükümlerine aykırı hareket eden kimse, üç aydan altı aya kadar hapis ve beşyüz liradan bin liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır” hükmü yer almaktaydı. Yani bilgi ve belge verilmeme hali özel olarak yaptırım altına alınmıştı. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun (CMK) 332. maddesinde ise “(1) Suçların soruşturma ve kovuşturması sırasında Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından yazılı olarak istenilen bilgilere on gün içinde cevap verilmesi zorunludur. Eğer bu süre içinde istenilen bilgilerin verilmesi imkânsız ise, sebebi ve en geç hangi tarihte cevap verilebileceği aynı süre içinde bildirilir. (2) Bilgi istenen yazıda yukarıdaki fıkra hükmü ile buna aykırı hareket etmenin Türk Ceza Kanununun 257 nci maddesine aykırılık oluşturabileceği yazılır. Bu durumda haklarında kamu davasının açılması, izin veya karar alınmasına bağlı bulunan kişiler hakkında, yasama dokunulmazlığı saklı kalmak üzere, doğrudan soruşturma yapılır.” şeklinde hüküm altına alınarak Türk Ceza Kanununda (TCK) yer alan görevi kötüye kullanma suçuna atıf yapılması tercihinde bulunulmuştur.

Bu düzenlemenin ne ifade ettiği konusunda farklı görüşler öne sürülmüştür. Genel olarak 332. madde dolayısıyla bilgi istenen herkesin, ihmal göstermesi durumunda ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçundan (TCK m. 257, f. 2) sorumlu tutulacaklarına ilişkin görüş ağır basmaktadır. Bunların bir kısmı maddenin atfı sebebiyle doğrudan sorumluluk doğacağından bahisle bu görüşü savunurken¹, bir kısmı ise bilgi istenen kişi

¹ Ersan Şen/Buğra Şahin, “Adli Merciler Tarafından Bilgi İsteme ve Görevi Kötüye Kullanma” (Ersan Şen Hukuk ve Danışmanlık, Ekim 2020) [https://sen.av.tr/tr/makale/Adli-Merciler-Taraf%C4%B1ndan-Bilgi-isteme-ve-Gorevi-kotuye-Kullanma#:~:text=\(1\)%20Kanunda%20ayr%C4%B1ca%20su%C3%A7,kadar%20hapis%20cezas%C4%B1%20ile%20cezaland%C4%B1r%C4%B1l%C4%B1r](https://sen.av.tr/tr/makale/Adli-Merciler-Taraf%C4%B1ndan-Bilgi-isteme-ve-Gorevi-kotuye-Kullanma#:~:text=(1)%20Kanunda%20ayr%C4%B1ca%20su%C3%A7,kadar%20hapis%20cezas%C4%B1%20ile%20cezaland%C4%B1r%C4%B1l%C4%B1r), Erişim Tarihi: 7.11.2022; Ceza Genel Kurulunun incelememize konu ve bu konudaki en güncel karar olan yukarıdaki kararına dek içtihatı da CMK m. 332’ye uymama durumunda doğrudan TCK m. 257’den sorumluluğun gerektiği yönünde idi: “CMK’nın 332. maddesinde Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından suçların soruşturma ve kovuşturması sırasında yazılı olarak istenilen bilgilere on günlük süre içerisinde cevap verilmemesinin yalnızca kamu görevlileri açısından TCK’nın 257. maddesine aykırılık oluşturabileceğine ilişkin bir sınırlamaya yer verilmemesi, adli kolluk görevlileri ile diğer kamu görevlilerinin yürütülme olan soruşturma kapsamında Cumhuriyet savcısınca ihtiyaç duyulan bilgi ve belgeleri temin etme yükümlülüğünün CMK’nın 161. maddesinde düzenlenmesi, diğer kamu görevlilerinin, görevlerinin gereğini yapmakta ihmal veya gecikme göstermelerinin ise zaten görevi kötüye kullanma suçunu oluşturabilecek olması nedeniyle CMK’nın 332. maddesinin esasen özel bir müeyyide hükmü teşkil etmesi, bu anlamda anılan düzenlemeye uymamanın TCK’nın 257. maddesine aykırılık “oluşturabileceği”nin yazılması ile 1412 sayılı CMUK’un Ek 4. maddesinde olduğu gibi doğrudan ceza tayini yoluna gidilmesi arasında herhangi bir fark bulunmaması ve CMK’nın

veya kişilerin TCK m. 6, f. 1, bent c hükmü kapsamında “*kamusal faaliyetin yürütülmesine geçici olarak katılan*” sıfatını aldıkları ve bu yüzden o işle sınırlı olarak kamu görevlisi sayılacaklarından ötürü ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçundan sorumlu olacaklarını belirtmektedir². Aksi görüş ise CMK m. 332, f. 2’nin yollama yaptığı TCK m. 257’nin özgü suç olduğu ve bu suça özgü faillik şartlarına bakılıp değerlendirme yapılması gerektiğini ileri sürmektedir³. Kanaatimizce kanun koyucu, TBMM Adalet Komisyonuna sunulan 332. maddenin teklif gerekçesinde yer alan “*suçların soruşturulması ve kovuşturulmasının etkin bir şekilde yürütülmesinin sağlanması amacıyla söz konusu önerenin verildiği*” hususu da değerlendirildiğinde, ilgili maddeyle bilgi vermeme durumunda herkesin ceza tehdidi altında olmasını murat etmiş ancak önceki kanundakinin aksine doğrudan ceza belirlemesi yapmayıp atıf yöntemini benimsemiştir. Aşağıda ilgili başlıkta gerekçesi açıklanacağı üzere kamu görevlisi olmayanın bilgi vermemesi durumu kabahat de oluşturmayacağından yaptırımsız bir yükümlülük düzenlemesi mantıklı görünmemektedir. Durum böyle olmakla birlikte suçta ve cezada kanunilik prensibini düzenleyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)

332. maddesinin TBMM Adalet Komisyonuna sunulan teklif gerekçesinde “*suçların soruşturulması ve kovuşturulmasının etkin bir şekilde yürütülmesinin sağlanması amacıyla söz konusu önerenin verildiği*” hususu dikkate alındığında, soruşturma ve kovuşturma işlemleri sırasında ihtiyaç duyulan bilgi ve belgelerin teminine yönelik zorunluluktan kamu görevlisi olmayanların ayırık tutulmasının düşünülebilmesi hususları birlikte değerlendirildiğinde...” YCGK, 2018/287 E., 2020/409 K., 8.10.2020; Benzer içtihat için: YCGK, 2019/595 E., 2021/58 K., 25.02.2021.

² Handan Yokuş Sevük, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, 23(39), 257-316, s. 267; “*Avea İletişim Hizmetleri A.Ş.’de adli yazışmalardan sorumlu sanığın esasen kamu görevlisi sıfatı bulunmamakla birlikte CMK’nın 332. maddesindeki özel düzenleme uyarınca suçların soruşturma ve kovuşturulması sırasında Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından kendisinden yazılı olarak belge istendiğinde, tıpkı tanık ve bilirkişi görevlendirilmesinde olduğu gibi TCK’nın 6. maddesinde söz edildiği üzere kamusal bir faaliyet olan yargı görevinin işleyişine “herhangi bir surette” katıldığı ve bu anlamda kamu görevlisi sayıldığı, açıklanan sebeple bu yöndeki kabulün görevi kötüye kullanmanın özgü suç olma özelliği ile herhangi bir suretle çelişmediği ve “suçta ve cezada kanunilik ilkesi” ile bağdaşmayan bir duruma neden olunmadığı, sanığın Kadıköy Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütülen soruşturma işlemlerinde yol açtığı gecikmeye bağlı olarak hem adil yargılanma ilkesinin ve hak arama hürriyetinin ihlali sebebiyle şüphelinin ve şikâyetçinin mağduriyetine hem de soruşturma giderlerinin artmasına yol açmak suretiyle kamu zararına sebebiyet verdiği, bu nedenle eyleminin TCK’nın 257. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu...” YCGK, 2018/287 E., 2020/409 K., 8.10.2020.*

³ Güçlü Akyürek, “Ceza Muhakemesi Kanunu’nun Unutulmuş Hükmü: Madde 332 (Bilgi İsteme)”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Köksal Bayraktar’a Armağan, 2011, 2(1), 933-942, s. 938.

m.7, Anayasa m. 38, f. 1 ve TCK m. 2, f. 1 hükümleri uyarınca kanunun açıkça suç saymadığı fiillerden dolayı kimseye ceza verilemez. Bu sebeple bir fiilin suç oluşturup oluşturmadığı açıkça anlaşılıyorsa şüpheden özgürlük yararlanmalıdır (in dubio pro libertate). CMK m. 332, f. 2 hükmü doğrudan TCK m. 257'nin cezasına atıf yapsa veya açıkça bu suçtan dolayı sorumluluğuna gidileceği belirtilse idi sorun bulunmayacaktı. Ancak böyle bir sınırlama yapılmadığından, yapılan yollamanın ilgili suç düzenlemesinin bütün unsurlarıyla bağlı olması gerektiği düşüncesindeyiz. 332. maddenin 2. fıkrasında "... aykırı hareket etmenin TCK 257. maddeye aykırılık teşkil 'edebileceği' yazılır" cümlesi de bu düşüncemizi pekiştirmektedir. Bu yüzden suçun oluşup oluşmadığıyla ilgili TCK m. 257'nin unsurları ve şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğine bakmak gerekecektir.

TCK madde 257'ye göre "(1) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmaktan ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." Madde lafzından da anlaşılacağı üzere bu suç özgü suçtur ve yalnızca kamu görevlisi tarafından işlenebilir. Ayrıca suçlar kural olarak kasten işlenebileceğinden ve bu suçun taksirli hali düzenlenmediğinden suçun oluşması için kasıt şarttır. Mahkeme tarafından yazılan yazıya cevap vermenin kamu görevlisinin görevi olduğu gerek CMK m. 332 f. 1 düzenlemesinden açıkça, gerekse cumhuriyet savcısına bilgi ve belge temin etme hususunu düzenleyen CMK m. 161, f. 4 ve f. 5 hükümlerinden⁴ dolayı olarak anlaşılmaktadır. Burada sorun kimlerin kamu görevlisi olarak değerlendirilmesi gerektiği üzerinde yoğunlaşmaktadır. Somut olayda S ve P'nin adli yazıya cevap vermeyerek görevlerini ihmal ettikleri görülmektedir. Kastın yokluğunu kabul etmeyi gerektirecek bilgiler de mevcut değildir. Bu

⁴ "(4) Diğer kamu görevlileri de, yürütülmekte olan soruşturma kapsamında ihtiyaç duyulan bilgi ve belgeleri, talep eden Cumhuriyet savcısına vakit geçirmeksizin temin etmekle yükümlüdür. (5) Kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliye ile ilgili görev veya işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kamu görevlileri ile Cumhuriyet savcılarının sözlü veya yazılı istem ve emirlerini yapmaktan kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kolluk âmir ve memurları hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılır."

durumda S ve P'nin kamu görevlisi olup olmadıkları tartışılmalıdır.

(1). Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı

İlk halinde yalnızca “memur” kavramına yer verilen 765 sayılı TCK'nın 279. maddesinde değişiklik yapan 3038 s. Kanun gerekçesinde “*Ceza Kanununun kimlerin memur sayılacağını gösteren 279. maddesi, özellikle bu layiha ile teklif olunan değişikliklerden sonra, maksadı ifadeye kafi gelmemektedir. Esasen bu eksiklik nedeniyle mer'i kanunun 211.maddesinde 279. maddedeki tarifin dışında kalan bazı kimselerin de, memur gibi rüşvet suçunu işleyebilecekleri kabul olunmuştur. Devletin emniyeti aleyhine cürümler bahsinde yapılması teklif olunan değişiklikler sebebi ile de, memur hakkındaki tarifin daha geniş tutulması lüzumuna kani olan ve değişikliği teklif olunan maddelerin bazılarında, memurdan başka, kamu hizmeti görmekle muvazaf kimselerden bahsedilmekte ve bunların da memur sayılacağı beyan edilmekte olduğunu göz önünde tutan encümenimiz 279. maddenin de tadilini teklif etmeğe karar vermiştir.*” ifadelerine yer verilmiştir⁵.

765 sayılı TCK'nın 279. maddesinde kamu fonksiyonu; kamu görevi ve kamu hizmeti olarak ikiye ayrılmış ve uygulamada memur; “*devamlı veya geçici şekilde teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören devlet veya diğer her türlü kamu kurumları memur, müstahdemleri ile belirtilen kamu görevini devamlı veya geçici, ücretli veya ücretsiz, ihtiyari veya mecburi olarak yapan diğer kimseler*” biçiminde ifade edilmişti. Bu tanım uyarınca kamu hizmeti yükümlüsü olan kimseler ise memur sayılmamaktaydı. Bu uygulamanın neticesinde aynı kamu kurumu veya Devlet dairesinde tahakkuk memuru, daktilo memuru ve yönetici sınıfındaki kimseler memur sayılmaktayken, aynı dairede şoför, aşçı, hizmetli, vb. kadrolarda çalışanlar ise kamu hizmeti yükümlüsü olmalarından ötürü memur olarak kabul edilmemekteydi. Bu şekilde, sayılanların bazıları zimmet suçunun faili olabilirken, diğerleri zimmetin değil, herkes tarafından işlenebilen güveni kötüye kullanma suçunun faili olabilmekteydi. Bu durum öğretilerde eleştirilmiş, çalışanların az ya da çok kamu gücünü temsil etmeleri sebebiyle böyle bir ayırım yapılmasının yanlış olduğu, daha genel bir kavram olan “kamu görevlisi” kavramının daha uygun olacağı⁶ savunulmuştur. Bu eleştiriler doğrultusunda 5237 sayılı Kanunda

⁵ Burcu Demren Dönmez, “Türk Ceza Hukukunda ‘Kamu Görevlisi’ Kavramı”, TBB Dergisi, 2011, Sayı: 94, 95-130, s. 106-107.

⁶ İzzet Özgenç, “Kamu Görevi Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1994, 4 (1-2), 329-348, s. 332-335.

kamu görevi-kamu hizmeti yükümlüsü ayrımı terk edilmek suretiyle yeni bir tanım getirilmiştir⁷.

5237 sayılı TCK'nın “*tanımlar*” başlıklı 6. maddesinde kamu görevlisi: “*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*” olarak tanımlanmıştır. Belirtmek gerekir ki bu tanım her durumda tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta değildir. Özellikle “*herhangi bir surette sürekli, süreli ve geçici olarak katılan kişi*” deyimini kapsama hayli genişletmektedir. Bu yüzden ek kıstaslara ihtiyaç bulunmaktadır. Gökcan'a göre -madde gerekçesinde de belirtildiği üzere- bir faaliyetin kamusal faaliyet sayılabilmesi için; kamu adına yürütülen bir faaliyetin varlığı, hizmetin kuruluşunun kanuna ve siyasi iradeye dayanması, hizmetin yürütülmesinde kamu erkinin, otoritesinin kullanılması, ayrıca “*herhangi bir surette*” ibaresinin “*kamu hukuku usulüne uygun bir surette*” şeklinde anlaşılması gerekir. Aksi halde örneğin çocuğunu nüfusa kaydettirmekte olan baba da kamu görevlisi sayılacaktır. Örneklerle açıklamak gerekirse; milletvekili, muhtar, belediye başkanı gibi seçilerek göreve gelen ya da seçim dolayısıyla görev alan seçim sandık kurulu üyeleri gibi belirli süreli olarak görev üstlenenlerin iştirak usulü özel kanun ile belirlenmiştir. Yine, kamu kurum ve kuruluşlarının memur, sözleşmeli ve işçi kadrosu ile sürekli istihdam ettiklerinin kamusal faaliyete istihdam usulü de 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ve ilgili diğer özel kanunlarda düzenlenmektedir. Geçici bir kamu görevinin, yetkili makamların görevlendirmesiyle üstlenilmesi de çeşitli kanunlara göre yapılmaktadır. Örneğin, tanık, bilirkişi ve tercüman, usul kanunları gereği adli makamlarca belirli bir görevin yapılması müddetince görevlendirilmektedir⁸. Kamusal faaliyete kamu hukuku usulüne uygun surette yani Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Anayasa) m. 128'deki ifadeyle “*genel idare esaslarına uygun bir surette*” katılmak gerekir. Böylece az ya da çok kamu erkinin kullanımı söz konusu olacaktır⁹.

Bu gereklilik TCK m. 262'den de çıkarılabilir. “*Kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi*” başlıklı düzenlemeye göre “*Bir kamu görevini, kanun*

⁷ Hasan Tahsin Gökcan, “Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Kamu Görevlisi Kavramı”, CHKD, 2015, 3 (2), 147-160, s. 149.

⁸ Gökcan, TCK Uygulamasında Kamu Görevlisi, s. 150-151; Hasan Tahsin Gökcan, Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 33; Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri, 3.Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 43 vd.; YCGK, 2010/258 E., 2011/46 K., 12.4.2011.

⁹ Özgenç, Yükümlülük Suçları, s. 333-334.

ve nizamlara aykırı olarak yerine getirmeye teşebbüs eden veya terk emri kendisine bildirilmiş olduğu halde görevi sürdüren kimseye üç aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir". Madde gerekçesinde de kişinin kamu görevinin verdiği yetkileri kötüye kullanmaya kalkışmasının suçun oluşumu bakımından temel unsur olarak dikkate alınması gerektiği vurgulanmıştır. Madde başlığı, metni ve gerekçesinden de anlaşılacağı üzere kamusal yetkinin kullanımı tek başına kişiye kamu görevlisi sıfatı kazandırmadığı gibi, aksine, usulüne göre kullanılmaması suç oluşturmaktadır. Bu sebeple 5237 sayılı TCK'nın eski kanuna göre nesnel bir kriter olarak kamusal faaliyete katılımı esas aldığı, katılım şekline önem atfetmediği¹⁰ söylenebilirse de mevzuat bir bütün olarak değerlendirildiğinde kamu hukuku usulüne uygun bir katılımın arandığı kabul edilmelidir. Kamu hukuku usulüne uygunluk istihdam ilişkisiyle sınırlı olarak da anlaşılmalıdır. Zira ceza hukuku anlamında kamu görevlisinin istihdam edilmiş olması şart değildir¹¹.

Ceza hukuku bakımından kamu görevlisi statüsü belirlenirken idare hukukundan yararlanılabileceği düşünülebilir. Ancak iki farklı hukuk disiplini olmaları ve sonuçlarının farklılık arz etmesi itibariyle idare hukukunun referans alınması doğru olmayacaktır. TCK'nın "tanımlar" başlıklı 6. maddesinin başında tüm fıkralara şamil olmak üzere yer verilen "ceza kanunlarının uygulanmasında" ibaresi de bunu desteklemektedir¹². Kesiştiği alanlar olsa da idare hukukunda kamu görevlisi sayılmayan kişilerin ceza hukuku anlamında kamu görevlisi statüsüne sokulması mümkündür¹³.

İdare hukukunda kamusal faaliyetin "kamu hizmeti" olarak nitelendirilmesi ve bunun da "kamuya yararlı hizmet" olarak anlaşılması, ceza hukukunda da aynı şekilde karşılık bulmasını gerektirmemektedir. Ceza hukukundaki kamusal faaliyet, kamuya yönelik veya kamuya yararlı tüm faaliyetleri kapsamına alacak kadar geniş yorumlanmamalıdır¹⁴. Yargıtay

¹⁰ Selami Turabi, "Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı", Ceza Hukuku Dergisi, 2012, Sayı: 20, 87-110, s. 88.

¹¹ Muharrem Özen/Önder Tozman, "Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı", Amme İdaresi Dergisi, 2009, 25-57, 42 (4), s. 46.

¹² Aras Türay, "Ceza Hukuku Bağlamında Kamu Görevlisi Kavramına İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, 14 (2), 355-377, s. 364.

¹³ Durmuş Tezcan, "Kamu İdaresinin Güvenilirliğine, İşleyişine ve Kamu Barışına Karşı Suçlar", Türk Ceza Kanununun 2 Yılı, Türk Ceza Hukuku Derneği, 2008, s. 480; İzzet Özgenç, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Birinci baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 103.

¹⁴ Gökcan, TCK Uygulamasında Kamu Görevlisi Kavramı, s. 150; Demren Dönmez, s.120.

da “*site ve apartman yönetim kurulu başkanı ve üyelerinin kamu görevlisi sayılmasına olanak bulunmaması nedeniyle görevi kötüye kullanma suçunun faili olamayacaklarını*” belirtmiştir. Yine Medeni Kanununun 398 vd. maddeleri uyarınca kısıtlı olan babasına usulüne uygun olarak vasi olarak atanan sanığın özel vesayet görevinin kamusal nitelik taşımayıp bu nedenle kamu görevlisi sayılmayacağına karar vermiştir. Bir başka deyişle Yargıtay, gerçekleştirilen faaliyetin kamuya yararlı bir faaliyet olmasını tek başına kamu görevlisi olmak için yeterli bir kriter saymamaktadır¹⁵.

Kamu hizmeti kavramı geniş olmakla birlikte “*kamu görevlisi*” kavramına idare hukukunda daha dar bir anlam verildiğini de belirtmek gerekir. Danıştay, 4483 s. Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun bağlamında kamu görevliliğinin sınırlarını Anayasa m. 128’e atıfla çizmeye çalışırken ceza hukukuna göre daha dar anlamda bir kamu görevlisi anlayışı ortaya koymuştur. 1. Daire’ye göre “*kamu hizmeti, umuma arz edilen, sürekli ve kesintisiz bir biçimde işlemesi zorunlu, toplumun genel ve ortak gereksinimlerini karşılamak amacıyla kanunla kurulan idarenin, doğrudan ya da yakın gözetim ve sorumluluğu altında kamusal yetki ve usuller kullanarak yürüttüğü faaliyetlerdir. Bu faaliyetler, anayasanın 128 inci maddesinde de belirtildiği gibi genel idare esaslarına göre yürütülür. Asli ve sürekli görevler, genel idare esaslarına göre kamu gücü kullanılarak yürütülen görevlerdir. Bu görevlerde kamu gücünü kullanarak çalışanlar ise, kamu görevlileridir. Kamu görevlileri, kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde yönetime kamu hukuku ilişkisi ile bağlı olarak çalışan, kendilerine kadro tahsis edilen, bütçeden ödeme yapılan ve haklarında yasalarda belirlenen özel kurallar uygulanan memurlar ile diğer kamu görevlileridir. Bu durumda, genel idare esaslarına göre asli ve sürekli görevlerde çalışmayan, kamu gücünü kullanma yetkisi olmayan personel 4483 sayılı Yasa kapsamına girmemektedir*”¹⁶. 8. Daire de bir kararında avukatlığın, her ne kadar kamu hizmeti olsa da serbest bir meslek olmasından dolayı memurlar gibi kamu görevlisi olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı sonucuna varmıştır¹⁷. Anayasa Mahkemesi de benzer içtihatla bulunmuştur¹⁸.

¹⁵ Demren Dönmez, s. 121.

¹⁶ Danıştay 1. Daire, 2000/29 E., 2000/59 K. sayılı ve 17 .04.2000 tarihli kararı. Aktaran: Hüseyin Aydın, “Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, Ankara Barosu Dergisi, 2010, Yıl: 68, Sayı: 2010/1, 109- 128, s. 116.

¹⁷ 1993/117 E., 1994/306 K., 27.1.1994, Danıştay Dergisi, 1996, sayı 90, s. 818.

¹⁸ “*Kamu hizmetinde istihdam kavramının kamu görevlilerini kapsadığı konusunda bir tereddüt*”

Kamusal faaliyetin “görev” kelimesiyle birlikte düşünülmesi ve bir “yapılması gereken” niteliğini taşıması gerektiği de söylenmelidir. Madde gerekçesi de bu doğrultudadır¹⁹. Gerekçede belirtilen “*bir hizmetin kamu adına yürütülmesi*” ifadesi, devlete yüklenen ve onun adına yerine getirilmesi gereken faaliyet anlamını taşımaktadır. Bu noktada ödev-görev ayırımına da dikkat çekmek gerekir. Örneğin oy kullanmak vatandaşlık ödevidir. Yapılmaması durumunda ceza da öngörülmüştür²⁰. Ancak oy kullanma kamusal bir ödev olsa da tek tek bütün seçmenlere yüklenen bir yükümlülüktür ve seçmenler bireysel tercihini yansıtmak adına bu faaliyete katılırlar. Dolayısıyla kamu adına yürütülen bir faaliyet söz konusu değildir. Ancak seçimin organizasyonu, koordinasyonu ve güvenliği devletin sorumluluğundadır ve bu faaliyete katılan, örneğin sandık başkanları, kamu adına faaliyette bulunmaktadır.

Kamusal faaliyetin yukarıda açıklanan anlamından hareketle her ne kadar kamunun menfaatine de olsa gönüllü inisiyatiflerin kamusal faaliyet,

düt bulunmamakla birlikte özel hukuk sözleşmeleri ile de kamu hizmetinde istihdam mümkün kılınabilir. Ancak kamu görevlisi olmayan, bir idari sözleşmeyle veya ticari ya da sınai nitelikteki bir özel hukuk sözleşmesiyle kamu hizmetinde çalıştırılmayan ve mesleklerini serbest şekilde icra eden avukatların kamu hizmetinde istihdam edildiklerinin kabulü mümkün değildir. Zira belirtilen durumlar olmadığı müddetçe avukatlık kural olarak idari hiyerarşiye dâhil olmayan serbest bir meslektir. Serbest avukatlığın devletin namına ve hesabına yapılan bir iş olmaması, serbest avukatların baro levhasına kaydolduktan sonra çalışıp çalışmama ve müvekkillerini seçme konusunda kural olarak bağımsız olmaları, devletten herhangi bir maaş almamaları, gelirlerinin müvekkillerinden aldıkları vekâlet ücretinden oluşması, zorunlu müdafilik veya arabuluculuk gibi görevlendirmeler dışında serbest avukatlara devletin mali olarak bir katkısının bulunmaması, serbest avukatlar tarafından yapılan iş ve işlemlerin sonuçlarından devletin mali veya hukuki sorumluluğunun bulunmaması, müvekkilleri ile aralarındaki sözleşmeden kaynaklanan tüm haklara kendilerinin sahip olmaları, yükümlülüklerine de kendilerinin katlanması bu yöndeki tespit ve vurguları pekiştirmektedir.” Tamer Mahmutoglu Başvurusu, Başvuru No: 2017/38953, Karar Tarihi: 23.07.2020, § 115.

¹⁹ “Kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş bir siyasi kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddi karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir. Askerlik görevi yapan kişiler de kamu görevlisidir. Bu bakımdan örneğin bir suç vakasına müdahil olan, bir tutuklu veya hükümlünün naklini gerçekleştiren subay veya erleri de kamu görevlisidir. Buna karşılık, kamusal bir faaliyetin yürütülmesine ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerince üstlenilmesi durumunda, bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı açıktır”.

²⁰ 2839 sayılı Milletvekili Seçim Kanunu madde 63 – (Değişik: 28/3/1986-3270/35 md.): “Seçmen kütüğünde kaydı ve sandık listesinde oy kullanma yeterliği bulunduğu halde, Milletvekilliği genel ve ara seçimlerinde meşru mazeretleri olmaksızın katılmayanlar; ilçe seçim kurulu başkanı tarafından on bin lira para cezasıyla cezalandırılırlar. Bu karar kesindir.”

gönüllülerin de kamu görevlisi sayılmayacağını da tespit etmek gerekir. Örneğin yüz elli yılı aşkın geçmişiyle Kızılay Derneği, her ne kadar kamuya yararlı faaliyetler yürüten ve Bakanlar Kurulu kararıyla kamu yararlı dernek statüsüne sokulmuş bir kuruluş olsa da çalışmalarını kamusal faaliyet, çalışanlarını da kamu görevlisi olarak kabul etmemek gerekir. Dernek tüzüğüünün hukuki statüyü belirleyen 4. maddesinin 1. fıkrasının c bendinde: “*Kızılay, insani hizmetlerde imkânları ve kabiliyeti dâhilinde Uluslararası Kızılhaç-Kızılay Hareketi temel ilkelerine uygun şekilde kamu otoritelerine yardımcı rol üstlenir. Bu kapsamda, insani yardım ve kalkınma alanlarında kamu kurum ve kuruluşları ile iş birliği yapar.*” ifadesi yer almaktadır. Bu yardımcı rol, tüzüğün muhtelif maddelerinde aynen veya aynı anlama gelecek ifadelerle sıkça tekrarlanmaktadır. Yine aynı fıkranın ç bendinde: “*Kızılay, hukuki çerçevesi tanımlanmak suretiyle kamu hizmetlerinde tamamlayıcı işlevler görür. Kızılay’ın kamu otoritelerine yardımcı olmak üzere icra ettiği ve kamu hukukuna tabi görevlerini yerine getirmesine destek vermek üzere kamu kurum ve kuruluşlarınca kolaylık, imtiyaz ve muafiyetler tanınır.*” ifadesiyle tamamlayıcı işlevinden bahseder ki bu da tekrarlanan hususlardan biridir. Bu düzenlemelere bakarak derneğin “kamu adına” görev üstlendiğini söylemek mümkün değildir. Kolaylık, muafiyet ve imtiyazların tanınmış olması da kamu erkinin kullanıldığı anlamına gelmemelidir. Derneğin önceki tüzüğünde yer alan “...*bu mallar ve alacaklar devlet malı sayılır, bunlara karşı suç işleyenler devlet memuru gibi cezalandırılır*” cümlesi yeni tüzükte yer almamaktadır. Belirtmek gerekir ki halen yer alıyor bulunsaydı da tek başına çalışanların kamu görevlisi sayılması için yeterli olmayacaktı. Zira yeni bir cezai sorumluluk statüsü doğduğundan veya mevcut sorumluluk artırıldığından kanunilik ilkesinin²¹ burada da geçerli olması gerektiği kanaatindeyiz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararına²² konu olan bir olayda; sanık evine ait elektrik faturası ile market ve benzin istasyonundan kendi adına yaptığı alışverişi derneğin parasıyla ödemiş ve dernek şubesine ait telefonu özel işlerinde kullanmıştır. Yapılan yargılamada ilk derece mahkemesi güveni kötüye kullanma suçundan (TCK m. 155, f. 2) hüküm kurmuş, Yargıtay 5. Ceza Dairesi de bu görüşe iştirak etmiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı: “*Kızılay Derneği diğer derneklerden farklı yapı ve amaçta faaliyet yürütmektedir. Türk Hava Kurumu ile birlikte kamuya yararlı dernek statüsündedir. Dernekler Kanununun 27. maddesi, ‘kamu yararına çalışan*

²¹ AİHS m. 7; Anayasa m. 38; TCK m. 2, f. 1; TCK m. 61, f. 10: “*Kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir.*”

²² 2012/5-1275 E., 2013/419 K., 22.10.2013.

derneklerin mallarına karşı suç işleyenler devlet malına karşı suç işlemiş gibi cezalandırılır' hükmüne yer vermektedir. Dernekler Kanununu zimmet suçu yönünden incelerken 32/1-f ile 27/son maddesi birlikte düşünülmelidir. Kanunun 32/1-f maddesinin tüm dernekleri kapsayacak şekilde kabul edilmesi halinde, 27/son maddesinin bir anlamı ve işlevi olmayacaktır. 27/son maddesi ile yasa koyucunun kamuya yararlı dernekleri koruma amacını güttüğü, derneklerin mallarına karşı yapılacak eylemleri daha ağır bir ceza ile cezalandırmak istediği açıktır. TCY'nın 6. maddesinde tanımlanan kamu görevlisi kavramı konumuz bakımından önemlidir. Bu maddeye göre kamu görevlisi, 'kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişidir'. Kızılay Derneği çalışanlarının ve yetkili kurullarının çalışma ve atama şeklini içeren tüzükte yazılı kamusal faaliyet ve görevlilerin atanma usulleri, dernek çalışanlarının kamu görevlisi olduklarını ortaya koymaktadır. Dolayısıyla Kızılay Derneği Fethiye Şube Başkanı sanığın dernek paralarını hesabına geçirmesi eyleminin zimmet suçunu oluşturduğu kanaatindeyiz." şeklindeki gerekçesiyle faaliyetin kamusal faaliyet, çalışanlarının da kamu görevlisi olduğu yönünde görüş belirtmiş ve karara itiraz etmiştir. Ceza Genel Kurulu ise önceki tüzükte yer alan "devlet memuru gibi cezalandırılır" ibaresinin yeni tüzükte yer almaması ve "5253 sayılı Dernekler Kanununa 15.01.2009 gün ve 5832 sayılı Kanunla ilave edilen 27/A maddesinde de; "Türkiye Kızılay Derneği uluslararası anlaşmalara göre tayin edilen nitelik ve duruma göre; merkezinde genel kurul, yönetim kurulu ve denetim kurulu, şubelerinde genel kurul ve yönetim kurulu oluşturulması şartıyla tüzüğünde belirlenen şekilde teşkilatlanır ve yönetilir. Kızılay'ın iş ve işlemleri; kanunların verdiği görev ve yetkilere, tüzüğüne ve yönetim kurulunca çıkarılan yönetmeliklere göre yürütülür" düzenlemelerini göz önünde bulundurarak yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile çalışanları genel idare esaslarına göre atanıp yönetilmeyen ve dolayısıyla kamu hukuku yükümlülüğü altına girmemiş olan Türkiye Kızılay Derneğinin Türk Medeni Kanunu ve Dernekler Kanunu hükümlerine göre kurulup faaliyet gösteren ve özel hukuk hükümlerine tâbi olan bir «özel hukuk tüzel kişisi» olduğunda şüphe bulunmadığı sonucuna varmıştır. Buna ilaveten 5253 sayılı Dernekler Kanununun 27. maddesinde yer alan 'kamu yararına çalışan derneklerin mallarına karşı suç işleyenler devlet malına karşı suç işlemiş gibi cezalandırılır' hükmüne dayanarak zimmet suçunun olduğundan bahsedilemeyeceğini, zira zimmet suçunu düzenleyen TCK 247. madde gerekçesinde suçun oluşması için malın devlete ait olup olmamasının önemli olmadığı, ayrıca Dernekler Kanununun 32. maddesinde dernek mallarına

ilişkin bu tür fiiller için bağımsız ceza belirlenmişken, 2008 yılında yapılan değişiklikle TCK m. 155'te düzenlenen güveni kötüye kullanma suçuna atıf yapıldığını belirtmiştir. Genel Kurul, malın görevi sebebiyle değil şahsına duyulan güven sebebiyle teslim edilmesi durumunda zimmet değil güveni kötüye kullanma suçunun oluşacağı kanaatine varmıştır. Böylece her ne kadar açıkça dernek görevlilerinin kamu görevlisi olup olmadıklarına dair açık görüş belirtmese de bütüne ve gerekçelere bakıldığında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının bu tespitine katılmadığı sonucu çıkarılabilecektir.

Kızılay Derneğiyle alakalı bu karardan mühlhem olarak ayrıca değinilmesi gereken bir diğer husus da özel hukuk tüzel kişilerinin faaliyetlerinin kamusal faaliyet, çalışanların da kamu görevlisi olup olamayacağıdır. Hemen belirtelim ki kamu hukuku tüzel kişilerinin bütün faaliyetlerinin kamusal faaliyet olduğunu söyleyemeyeceğimiz gibi özel hukuk tüzel kişilerinin kamusal faaliyete katılamayacağını söylemek de mümkün değildir. Yapı denetim kuruluşları buna güzel bir örnek teşkil etmektedir. 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanunun amaç, kapsam ve tanımları düzenleyen ilk maddesinde kanunun amacı: *“can ve mal güvenliğini teminen, imar plânına, fen, sanat ve sağlık kurallarına, standartlara uygun kaliteli yapı yapılması için proje ve yapı denetimini sağlamak ve yapı denetimine ilişkin usul ve esasları düzenlemek”* şeklinde ifade edilmiştir. Bunun mahiyeti itibariyle kamuya terettüp eden bir yükümlülük olduğu aşikardır. Aynı maddenin 1. fıkrasının 1 bendinde yapı denetim kuruluşu: *“bakanlıktan aldığı izin belgesi ile münhasıran yapı denetimi görevini yapan, ortaklarının tamamı mimar ve mühendislerden oluşan tüzel kişi”* olarak tanımlanmıştır. 2. maddede ise yapı denetim hizmetinin yapı denetim kuruluşu ile yapı sahibi veya vekili arasında akdedilen hizmet sözleşmesi hükümlerine göre yürütüleceği hüküm altına alınmıştır. Buradan anlaşılacağı üzere bu kuruluşlar özel hukuk tüzel kişisi hüviyetindedir. Maddenin devamında bu kuruluşların; yapının projesinin, raporlarının mevzuata uygunluğu konusunda görüşünü bildirmek, yapının ruhsat ve ekleriyle mevzuata uygun olarak yapılmasını sağlamak, malzemenin proje, mevzuat ve teknik şartnameye uygunluğunu sağlamak, aykırılıklar durumunda müteahhidi yazılı olarak uyararak gibi yükümlülük ve yetkilerinin bulunduğu görülmektedir. 3. maddede fenni mesuliyeti idareye karşı üstlendikleri, denetim faaliyeti dışında ticari faaliyet yürütemeyecekleri, kuruluşun denetçi mimar ve mühendislerinin, denetim faaliyeti süresince başkaca meslekî ve inşaat işleri ile ilgili ticarî faaliyette bulunamayacakları hüküm altına alınmıştır. Bu kuruluşlarca düzenlenen belgelerin, ceza hükümlerine ilişkin 9. madde hükmünce resmi belge olarak kabul edildiği

de anlaşılmaktadır. Tüm bu bilgilerden, bu kuruluşların kamusal faaliyete katıldıkları sonucunu çıkarmak mümkündür. Nitekim Yargıtay da kurum personelinin kamu görevlisi olduğunu kabul etmektedir²³.

Kamu İktisadi Teşebbüsleri (KİT) de değinilmesi gereken kuruluşlardır. 765 sayılı TCK döneminde KİT personeli m. 279, f. 1 kapsamına girmiyordu. Kanun koyucunun gerekli görmesi üzerine, 3771 sayılı kanunla kanunlaştırılan 399 sayılı KHK'nin 11/b maddesi KİT personelinin bizzat işledikleri suçlar bakımından memur sayılacağını hükme bağlanmıştı. Öte yandan bu kişilere karşı işlenen suçlar bakımından kişinin KİT çalışanı olması önem arz etmemekteydi zira yalnızca ifa ettikleri görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlar bakımından memur gibi cezalandırılmaları öngörülmüştü. Düzenleme tamamen ilgili kuruluşların yararına tek taraflı bir koruma sağlıyordu²⁴. 5237 sayılı TCK'nın 5. maddesi, bu kanunun genel hükümlerinin özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanacağını düzenlemiştir. Bu nedenle genel hükümler kısmında yer alan kamu görevlisi tanımının yukarıdaki ve benzeri düzenlemeleri ilga edip etmediği üzerinde ihtilaf bulunmaktadır.

Bir görüşe göre TCK m. 6, f. 1, bent c'de yer alan tanım, 31.12.2008 tarihine kadar gerekli değişiklik yapılmamışsa, artık muhtelif kanunlardaki buna ilişkin düzenlemeleri geçersiz kılmıştır²⁵. Diğer görüş ise 5252 sayılı

²³ “Sanığın ... Yapı Denetim A.Ş. yönetim kurulu başkanı olduğu, 5237 sayılı TCK'nin 6. maddesinde kamu görevlisinin kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi olarak tanımlandığı, 4708 sayılı Kanun'un 2. maddesine göre yapı denetim kuruluşunun Bakanlık'tan izin belgesi ile faaliyette bulunabilen tüzel kişi niteliğinde olduğu, yapı denetim hizmetinin Bakanlık denetimine tabi olduğu ve anılan Kanun'un 1. maddesinin denetçi mimar ve mühendisin ilgili meslek odasına kayıtlı ve Bakanlıkça kendisine denetçi belgesi verilmiş mühendis ve mimarı tanımladığı nazara alındığında, yapı denetim hizmetinin kamu hizmeti olduğu ve denetçi mimar ve mühendisin bakanlık kontrolü altında iş gören bir kamu görevlisi olduğu...” Yarg. 11. CD, 2018/3684 E., 2021/10086 K., 10.11.2021.; Benzer içtihat için Yarg. 7. CD, 2021/13493 E., 2021/13662 K., 26.10.2021; “Sanığın üzerine atılı görevi kötüye kullanma suçunun TCK'nın 257/1. maddesinde öngörülen cezasının üst sınırı itibarıyla aynı Kanununun 66/1-e ve 67/4. maddelerinde belirlenen 12 yıllık ilaveli dava zaman aşımı süresine tabi olduğu, sanığın ruhsat ve eki projesine aykırı imalatlar yapılmasına rağmen yapı denetim firmasının hak ediş raporlarını imzalamak suretiyle yüklenen suçu işlediği 19/07/2007'nin suç tarihi olduğu ancak durma süreleri de eklendiğinde inceleme gününe kadar ilaveli dava zaman aşımı süresinin gerçekleştiği anlaşıldığından...” Yarg. 9. CD, 2020/7767 E., 2020/2508 K., 08.12.2020.

²⁴ Demren Dönmez, s. 123.

²⁵ Güneş Okuyucu Ergün, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, TBB Dergisi, 2009, sayı 82, 139-169, s.142; Demren Dönmez, s. 124; Özgenç de özel olarak KİT ile ilgili düzenlemeye değinmemekle birlikte 31.12.2008 tarihinden önce yürürlüğe girmiş kanunlarda yer alan ve

TCK Yürürlük Kanununda yer alan “*Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan Türk Ceza Kanununa yapılan yollamalar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelere yapılmış sayılır*” hükmüne dayanarak KİT personelinin, 5237 s. TCK m.6, f. 1, bent c’deki kamu görevlisi sayılma şartlarını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın kamu görevlisi olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır²⁶. İlk görüşe katılmakla birlikte 31.12.2008 tarihinden sonra özel kanunlarda farklı statüler öngören düzenlemelerin geçerli olacağını da eklemek gerekir zira mevzuatımızda kanunlarla Anayasa arasında temel kanun bulunmadığından kanun maddeleri arasında bir üstünlük söz konusu olmayacaktır²⁷. Daha sonra kanunlaşan 399 sayılı KHK’nın m. 11/b hükmünün böylece geçersiz olduğu kabul edildiğinde örneğin Ziraat Bankasında veznedar olarak çalışan kişilerin TCK m. 6, f. 1, bent c’de yer alan kriterlere uymadıkları için kamu görevlisi sayılmaması gerektiği söylenebilir. Nitekim söz konusu KHK hükmünün kamu bankaları için uygulanmayacağı 4603 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi ve Türkiye Emlak Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanununun madde 1, f. 5 hükmünde ayrıca düzenlenmiştir. 2. fıkrada da bankaların anonim şirket statüsünde oldukları belirtilmiştir. Geçici madde 1, f. 3 hükmünce özel hukuk hükümlerine tabi olmayan personelin çalıştırılmayacağı öngörülmüştür.

(1/a). Fail ve Mağdur Olarak Kamu Görevlisi

Kamu görevlisinin fail olabileceği veya failin kamu görevlisi olması durumunda cezanın artırılacağı suçlarda yukarıda sayılanlara ek olarak kamu görevlisinin ceza hukuku anlamını da düşünmek gerekir. Kamu görevlilerinin işledikleri bazı haksız fiillerin suç haline getirilmesi veya bazı suçların kamu görevlileri tarafından işlenmesi durumunda daha ağır ceza öngörülmesinin altında toplum tarafından bu görevlilerin hukukun icaplarına uygun davranacağına ilişkin güven yatmaktadır diyebiliriz. Bazı suçları kamu

TCK’nın genel hükümlerine aykırı olan hükümlerin bu tarihten itibaren geçersiz sayılacağını, ancak TCK 5. madde hükmünün “genel-özel norm” ilişkisinde uygulanmayacağını ifade etmektedir. İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, On sekizinci bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 108-109; Kanaatimizce kişilerin ceza hukuku bakımından statüsünü belirten normlar da genel norm sayılmalıdır.

²⁶ Gökcan, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, s. 46; Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökcen/Ahmet Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, On üçüncü bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 907.

²⁷ Özgenç, Genel Hükümler, s. 110; Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 49-50.

görevlilerinin daha kolay işleyebilmesi, memurun nüfuzunu suistimal etmesi dolayısıyla böyle ayrık bir durum yaratıldığı savunulsa²⁸ da bu hususların güven unsurundan bağımsız düşünülmemesi gerekir. İstisnalar dışında yalnızca kamu görevlilerinin işleyebildiği zimmet, irtikap, rüşvet, denetim görevinin ihmali, görevi kötüye kullanma gibi suçların düzenlendiği TCK m. 247 ile 266 arasında kapsayan Dördüncü Kısım Birinci Bölümünün “*Kamu İdaresinin Güvenilirliği ve İşleyişine Karşı Suçlar*” başlığını taşıyor olması da bu görüşümüzü desteklemektedir. Bu suç tiplerinde korunan hukuki değer kamusal idaresine olan güven, idarenin saygınlığı olduğu söylenebilir.

Kamu idaresinden maksat; yasama, yürütme ve yargıdan müteşekkil devlet teşkilatı ve kamu tüzel kişilikleridir²⁹. Kamu görevi üstlenen kişinin yükümlülüğünü adalet, eşitlik ve liyakat ilkelerine uygun yürüttükleri konusundaki güvenin ve inancın sarsılmaması gerekir³⁰. Bu sebeple bu güvenin, inancın ve beklentinin karşılık bulacağı kişiler, sayılan diğer kriterleri de karşılamak kaydıyla kamu görevlisi sayılmalıdır. Bu yüzden bir işlem bazında haksız eylem veya eylemsizliğin, sırf işlemin kamusal yönünün olması gerekçesiyle failinin kamu görevlisi sayılmaması gerekir.

Failin kamu görevlisi olmasının önem arz ettiği durumlarda bu güven unsurunun da aranması gerektiğini ifade ettikten sonra, mağdurun kamu görevi yerine getiriyor olmasının önem arz ettiği durumlarda daha geniş yorum yapılması gerektiğini söylememiz gerekir. Zira bu kez korunan değer güvenenden ziyade bizzat yerine getirilen faaliyet, kamu görevi, kamu idaresinin sağlıklı işleyişi olduğu kanaatindeyiz³¹.

²⁸ Sahir Erman, “Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 1947, 2 (3), s. 237.

²⁹ Duygun Yarsuvat, “Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Suçların Genel Prensipleri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1964, 30 (3-4), 665-691, s. 668-670.

³⁰ Özgenç, Yükümlük Suçları, s. 334.

³¹ Bazı faaliyetlerin toplum açısından öneminden dolayı özel kanunlarda faaliyeti icra edenlere karşı işlenen suçlarda kamu görevlisine karşı işlenmiş gibi bir cezalandırma öngörülmüştür. 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu Ek m. 12’ye 15.04.2020 yılında 7243 sayılı Kanunun 28. maddesiyle eklenen ek fıkraya göre “*Kamu veya özel sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan sağlık personeli ile yardımcı sağlık personeline karşı görevleri sebebiyle işlenen 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan kasten yaralama (madde 86), tehdit (madde 106), hakaret (madde 125) ve görevi yaptırmamak için direnme (madde 265) suçlarında; a) İlgili maddelere göre tayin edilecek cezalar yarı oranında artırılır. b) Türk Ceza Kanununun 51 inci maddesinde düzenlenen hapis cezasının ertelenmesi hükümleri uygulanmaz.*” Koca/Üzülmez’e göre kasten yaralama suçunun kişinin yerine getirdiği kamu görevi sebebiyle işlenmesi zaten nitelikli hal olduğundan bu madde yalnızca özel sağlık kuruluşlarında çalışanlar için anlamlıdır. Kamu kurumlarında çalışanların da zikredilmesi gereksiz-

Bu bağlamda örnek kabilinden tanıklık müessesesi üzerinde durmak gerekir. Her ne kadar TCK m. 6, f. 1, bent c hükmü gerekçesinde, yüksek yargı kararlarında³² ve öğretide yaygın olarak tanığın kamu görevlisi olduğu kabul edilse³³ de tanığı gerekçede yazan diğer kişilerden, örneğin bilirkişiden, ayırmak gerekir. Öncelikle tanıklık, herhangi bir makamın tasarrufuyla kazanılan bir statü değildir. Dava konusu olay hakkında beş duyu organıyla doğrudan veya dolaylı olarak bilgi sahibi olmak yeterlidir ki bu da genellikle tesadüf eseridir. Bilirkişi veya tercüman gibi önceden yeterliliklerini tasdik ettirip yemin ederek bir listeye kaydolmuş da değildirler. Dolayısıyla herhangi birine göre fazladan güvenmeyi gerektirecek bir nitelikleri yoktur. Bilirkişiler belli listelerden seçilip atanırlar³⁴ ve görevlerini yerine getirirken bilgi edinmek için şüpheli veya sanık dışındaki kimselerin de bilgilerine başvurabilir. Bilirkişi, uzmanlık alanına girmeyen bir sorun bakımından aydınlatılmasını isteyecek olursa; hâkim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısı, nitelikli ve konusunda bilgisiyyle tanınmış kişilerle bir araya gelmesine izin verebilir³⁵. Görüldüğü üzere bilirkişiler kamu otoritesi tarafından seçilmiş ve davaya özgü olarak atanmış kimselerdir ve görevlerini yerine getirirken kamu erkinin kullanımı da söz konusudur. Ancak tanıklıkta böyle bir durum yoktur. CMK’da tanıklığa ilişkin düzenlemelerin çoğu yükümlülük ve şekil şartları üzerinedir. Bazı durumlarda tanıklıktan çekinme hakkı tanınmış olması ve tanık koruma uygulamalarının varlığı tanığın kamu erki kullandığı anlamına gelmemektedir.

dir. Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Sekizinci bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 271-272. Kanaatimizce fıkranın devamında yer alan “*Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan personel, bu görevleriyle bağlantılı olarak kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun uygulanmasında kamu görevlisi sayılır.*” ifadesi işleri daha da karıştırmıştır. Sayılan suçlardan kasten yaralama (TCK m. 86, f. 3, bent c) ve hakaret (TCK m. 125, f. 3, bent a) suçlarında mağdurun kamu görevlisi olması zaten nitelikli haldir. Direnmenin kamu görevlisine yönelmesi, fiili ayrı bir suç haline getirmektedir (TCK m. 265). Tehdidin kamu hizmeti gören kişilere yönelmesi, yerine göre kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi (TCK m. 113) veya görevi yaptırmamak için direnme suçunu (TCK m. 265) oluşturabilir. Yani mağdura kamu görevlisi sıfatı verilmesi bazı fiillerin suç niteliğini değiştirirken bazı suçlarda da nitelikli hale sebebiyet vermektedir. Buradan hareketle ayrıca yarı oranında artırım öngörülmesinin çifte değerlendirme yasağına ve dolayısıyla TCK m. 3’te düzenlenen adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiği söylenmelidir.

³² YCGK, 2019/595 E., 2021/58 K., 25.02.2021; YCGK, 2018/287 E., 2020/409 K., 8.10.2020; YCGK, 2020/337 E., 2021/162 K., 22.04.2021.

³³ Özgenç, Yükümlülük Suçları s. 334; Demren Dönmez, s. 121; Gökcan, TCK Uygulamasında Kamu Görevlisi, s. 151; Aydın, s.121.

³⁴ CMK m. 64.

³⁵ CMK m. 66, f. 4.

Söz gelimi öğrenciye geçer notla karne verip üst sınıfa geçiren veya vermeyip sınıf tekrarı yaptıran özel okul öğretmeninin dahi kamu gücünü kullandığı söylenebilir; ancak tanıklık için bu söz konusu değildir. Bu nedenle tanığın fail olarak kamu görevlisi sayılmaması gerektiği kanaatindeyiz. Bununla beraber yerine getirdiği görev itibarıyla kamu hukuku usulüne uygun olarak yargılama sürecinin sağlıklı ilerleyişine hizmet ettiğinden, yerine getirenden bağımsız olarak düşünüldüğünde yargılamanın kamusal faaliyet olduğundan ve tanığın bu faaliyeti kamu adına gerçekleştirdiğinden bahisle tanığa karşı tanıklığıyla bağlantılı olarak işlenen suçlar -örneğin kasten yaralama (TCK m. 86, f. 3, bent c)- bakımından nitelikli hal uygulanmalıdır. Ancak örneğin doğruyu söylememesi için tanığa para verildiğinde rüşvet (TCK m. 252) değil yalan tanıklık (TCK m. 272) suçuna azmettirmenin veya somut olaya göre yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs (TCK m. 277) suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir.

(1/b). Kamu Görevlisi Gibi Cezalandırılanlar ve Kamu Görevlisi Sayılanlar

Yukarıda sayılan kriterlerden biri veya birkaçı olmasa dahi kanun koyucu bazen suç ve ceza siyaseti gereği bazı suçların işlenişine katılan kişileri veya bazı faaliyetlerle uğraşan kişileri “*kamu görevlisi gibi*” cezalandırabilir. Örneğin işkence suçunu düzenleyen TCK m. 94’ün 4. fıkrasına göre bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler de kamu görevlisi gibi cezalandırılır. Rüşvet suçunu düzenleyen TCK m. 252’in 5. fıkrasına göre ise rüşvet teklif veya talebinin karşı tarafa iletilmesi, rüşvet anlaşmasının sağlanması veya rüşvetin temini hususlarında aracılık eden kişi, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, müşterek fail olarak cezalandırılır. Yine 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu’nun 62. maddesinin 3. fıkrasında; kooperatif yönetim kurulu üyeleri ve memurlarının suç teşkil eden fiil ve hareketlerinden ve özellikle kooperatifin para ve malları bilanço, tutanak, rapor ve başka evrak, defter ve belgeleri üzerinde işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılacağı öngörülmüştür. Suçun konusunun arz ettiği önem sebebiyle ilave bir koruma sağlandığı da görülmektedir. Yukarıda da değinildiği üzere kamuya yararlı derneklerin mallarına karşı suç işleyenler devlet malına karşı suç işlemiş sayılır.

Bazı kanunlarda ise belli bir faaliyeti yürüten kişilerin, ceza hukuku bağlamında, doğrudan veya kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından kamu görevlisi sayılacağı düzenlenmiştir. 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu Ek m. 12’ye göre özel sağlık kurum ve kuruluşlarında görev

yapan personel, bu görevleriyle bağlantılı olarak kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından 5237 sayılı TCK uygulanmasında kamu görevlisi sayılır. Yine 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununun 9. maddesinin son fıkrasına göre “*kurumlarda görev yapan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticiler, görevleri sırasında suç işlemeleri veya görevleri nedeniyle kendilerine karşı işlenen suçlardan dolayı 5237 sayılı TCK'nın uygulanması ve ceza kovuşturması bakımından kamu görevlisi sayılır.*” Bu tür maddelerin yürürlük tarihine de dikkat edilmesi gerekir. Daha önce de belirttiğimiz üzere 31.12.2008 tarihinden önce yürürlüğe giren genel hükümlere ilişkin düzenlemeler zımnen ilga edilmiş sayılır. 5580 sayılı kanunun yürürlük tarihi 2007 yılı olduğundan sayılan personellerin ceza hukuku bakımından durumu da yine TCK'nın genel hükümlerine tabi olmalıdır.

(2). Sonuç

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklanan ölçütler ışığında somut olaya bakıldığında; Kooperatifte görevli olan S ve P'nin ifa ettikleri görevde kamu otoritesinin kullanılması söz konusu değildir. Kamunun bu konumda görev ifa edenler hakkında herhangi bir özel kuruluştaki benzer görevde bulunanlara nazaran fazladan bir güven besleyeceği de söylenemez. Son olarak suç ve ceza siyaseti kapsamında kooperatifte yazışmalardan sorumlu kişilerin kamu görevlisi sayılacağı veya kamu görevlisi gibi cezalandırılacağına ilişkin geçerli özel bir düzenleme de mevcut değildir. S ve P'nin kamu görevlisi olarak sayılamayacağı, dolayısıyla da görevi kötüye kullanma suçunu (TCK m. 257, f. 2) işleyemeyecekleri böylece tespit edildikten sonra, ihmallerinin yukarıda Yargıtay 5. Ceza Dairesi ve Ceza Genel Kurulu kararlarındaki tespit üzere belirtilen kabahat kapsamında sorumluluk gerektirip gerektirmediği değerlendirilmelidir.

b. Mahkeme tarafından yazılan yazıya cevap vermeme kabahat oluşturur mu?

5326 sayılı Kabahatler Kanununun içtimaı düzenleyen 15. maddesinin 3. fıkrasına göre bir fiil hem suç hem de kabahat oluşturuyorsa yalnızca suçtan dolayı yaptırım uygulanır. Ancak suçtan dolayı yaptırım uygulanamıyorsa kabahatten yaptırım uygulanabilecektir. Somut olayda S ve P'nin ihmali davranışlarının suç olmadığı tespit edildiğine göre içtima hükümüne gerek kalmadan doğrudan kabahat dolayısıyla sorumluluğun araştırılması gerekir.

Kabahatler Kanununun 32. maddesi, emre aykırı davranışı yaptırım altına almıştır. 1. fıkraya göre “*yetkili makamlar tarafından adli işlemler*

nedeniyle ya da kamu güvenliği, kamu düzeni veya genel sağlığın korunması amacıyla, hukuka uygun olarak verilen emre aykırı hareket eden kişiye yüz Türk Lirası idarî para cezası verilir. Bu cezaya emri veren makam tarafından karar verilir”. Daha önce açıklandığı üzere suç ve ceza içeriklerinin kanunda açıkça düzenlenmesi gerekir. Dolayısıyla hem suçta hem de cezada kanunilik söz konusudur. Cezanın belirlenip suç teşkil eden fiillerin idarenin düzenleyici işlemleriyle doldurulmak üzere bırakıldığı beyaz hüküm, açık hüküm veya çerçeve hüküm suç ve cezalar açısından söz konusu olmamakla birlikte kabahatlerde mümkündür. Kabahatler Kanununun kanunilik ilkesini düzenleyen 4. maddesi de bunu açıkça ifade etmektedir: “(1) Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir. (2) Kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenebilir.” Görüldüğü üzere kabahatler açısından yaptırımda kanuniliğin ön planda olduğu daha yumuşak bir kanunilik prensibi benimsenmiştir³⁶. Bununla birlikte bazı kabahatler açısından suç ve cezada kanuniliğe benzer katı bir anlayış korunmuştur. Emre aykırı davranış kabahati de bunlardan biridir. Gerçekten 32. maddenin 2. fıkrasında bu yaptırımın uygulanabilmesi için ilgili kanunda açık hüküm bulunması şartı aranmıştır. 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun 66. maddesinde³⁷ ve Orman Kanununun 107. maddesinde³⁸ Kabahatler Kanununun 32. maddesine yapılan atıflar buna örnek verilebilir.

Bir bütün halinde unsurlarıyla değerlendirmek gerekirse; bu kabahatten

³⁶ Özgenç, Genel Hükümler, s. 137.

³⁷ Valinin yetki ve sorumluluklarıyla ilgili 11. madde ve Kaymakamın yetki ve sorumlulukları ile ilgili 32. maddede ilan, karar ve tebliğlere uymayanlar hakkında aynı kanunun 66. Maddesi hükmünün uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. 66. maddeye göre “İl genel kurulu veya idare kurulları yahut en büyük mülkiye amirleri tarafından kanunların verdiği yetkiye istinaden ittihaz ve usulen tebliğ veya ilan olunan karar ve tedbirlerin tatbik ve icrasına muhalefet eden veya müşkülât gösterenler veya riayet etmeyenler, mahallî mülkî amir tarafından Kabahatler Kanununun 32 nci maddesi hükmü uyarınca cezalandırılır.” Ancak, aynı maddenin devamında; kamu düzenini ve güvenliğini veya kişilerin can ve mal emniyetini tehlikeye düşürecek toplumsal olayların baş göstermesi hâlinde vali tarafından kamu düzenini sağlamak amacıyla alınan ve usulüne göre ilan olunan karar ve tedbirlere aykırı davranmak suç olarak düzenlenmiş, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Kanaatimizce bu düzenleme belirlilik ve dolayısıyla suç ve cezada kanunilik açısından sorunludur. Çünkü ceza belirlenmiş olsa da suçun tipikliği idarenin takdirine bırakılmıştır ve bu anlamda düzenleme beyaz hüküm niteliğindedir.

³⁸ “74 üncü maddede gösterilen tedbirlere riayet etmeyenlere mahallin en büyük mülkî amiri tarafından Kabahatler Kanununun 32 nci maddesine göre idarî para cezası verilir.”

dolayı sorumluluk için yetkili makamların hukuka uygun emri; emrin adli işlemler, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya kamu düzeninden kaynaklı olması, emrin usulünce ilan edilmesi³⁹ ve kanunda açık hüküm bulunması gerekmektedir. Mahkeme tarafından yazılan yazı her ne kadar yetkili makamlarca verilen hukuka uygun ve adli nitelikte emir sayılsa da mahkemece istenen bilgi ve belgelerin temin edilmemesi durumunda ne Ceza Muhakemesi Kanunu ne de başka bir kanunda emre aykırılık kabahatinin oluşacağına dair bir hüküm bulunmaktadır. Bu sebeple S ve P'nin ihmali davranışının emre aykırılık kabahatini oluşturduğu da söylenemeyecektir.

SONUÇ

Ceza Muhakemesi Kanununun 161. ve 332. maddelerinde Cumhuriyet savcısı, hakim ve mahkemeler tarafından istenen bilgi ve belgelerin ilgililer tarafından temininin zorunlu olduğu belirtilmiş, 332. maddenin 2. fıkrasında buna aykırı davranışın görevi kötüye kullanma suçunu (TCK m. 257) oluşturabileceği hüküm altına alınmıştır. 1412 sayılı eski Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda doğrudan ceza belirlenmişken yeni Kanunda atıf usulü benimsenmiş ancak ifade yeterince açık olmamıştır. Bu sebeple öğretilerde ve içtihatlarda görüş ayrılıkları ortaya çıkmıştır. Bir görüş bilgi ve belge temin zorunluluğuna aykırı davranan herkesin, kamu görevlisi olsun olmasın, doğrudan görevi kötüye kullanma suçundan sorumlu olacağını savunurken diğer görüş özgü bir suç olan görevi kötüye kullanma suçunun şartlarına bakılması gerektiğini ileri sürmektedir.

Bu minvalde de kamu görevlisi sıfatı özelinde bir görüş ayrılığı söz konusudur. Kanun metnindeki “*kamusal faaliyete herhangi bir şekilde katılma*” kriterini dayanak yapan bir görüş, kendisinden belge istenen kişilerin artık kamusal faaliyete katılan sıfatını kazandığı, bu nedenle o işle bağlantılı ve sınırlı olarak kamu görevlisi sayılacağından bahisle yukarıdaki ilk görüşün vardığı sonuca dolaylı yoldan ulaşmaktadır. Diğer görüş ise bilgi ve belge istemenin kişilere kamu görevlisi sıfatı kazandırmayacağını savunmaktadır. Kanaatimizce kanun koyucu herkesin ceza sorumluluğu altında olmasını hedeflemiş olsa da muğlak bir atıf yöntemi benimsemiş olması hasebiyle doğrudan sorumluluk yerine görevin yerine getirilmediği tespitinden sonra özgü faillik olarak kamu görevliliği şartının aranması gerekmektedir.

³⁹ Abdullah Recai Akalan, “Emre Aykırılık Kabahati”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, 11 (1), 369-388, s. 373-374.

765 sayılı Türk Ceza Kanununda kamu görevlisi kavramına yer verilmeyip “memur” ve “kamu hizmeti gören” şeklinde ikili bir ayırım yapılması eleştirilmiş, yeni Kanunda kamusal faaliyet yürütenlerin sorumluluk statüsü için “kamu görevlisi” şeklinde tek bir kavram öngörülmüştür. Bununla birlikte kanun metninde kamusal faaliyete herhangi bir şekilde katılmanın bu statü için yeterli görülmesi yeterince açık ve sınırları belirli bir çözüm olmamıştır. Bu sebeple kamusal faaliyet ve bu faaliyete katılım şekli açıklanmaya ve sınırlanmaya çalışılmıştır. Kanun metninde yer almasa da gerekçede kamusal faaliyet “Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş bir siyasi kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesi” şeklinde tanımlanmış, öğretide ve içtihatlarda da buna mutabık kalınmıştır. Hizmetin “kamu adına” yürütülmesi ölçütü önemlidir zira “kamu görevi” kavramı bunu gerektirir ve kamu adına yürütme çoğunlukla kamu erkinin, gücünün, kamusal yetkinin kullanımını da beraberinde getirir. Böylece kamu yararına yürütülen gönüllü inisiyatifler ve oy kullanmak gibi bireylerin kendi adına tasarrufla bulunduğu faaliyetler kapsam dışında bırakılmış olur.

Kamusal faaliyete katılımın şekli kanun metninde sınırlanmamış olsa da bunun kamu hukuku usulüne uygun surette katılım şeklinde anlaşılması gerekir. TCK’da kamu görevinin usulsüz üstlenilmesinin suç olarak düzenlenmiş olması da bu kanıyı desteklemektedir. Zaten kamusal yetkinin kullanımı da ancak usule uygun bir katılımı söz konusu olabilecektir.

Kamu görevliliğinin ayrı bir sorumluluk statüsü olarak belirlenmesinde izlenen gayeye bakıldığında; özellikle kamu görevlisinin fail olduğu özgü suçlar (ör: zimmet) ve failin kamu görevlisi olmasının daha ağır cezayı gerektirdiği suçlarda (ör: resmi belgede sahtecilik TCK m. 204, f. 2) daha ziyade kamu güveninin korunduğu söylenebilecektir. Bu sebeple fail olarak kamu görevlisi sıfatı belirlenirken kamu güveni unsurunun da aranması, dolayısıyla kapsamın biraz daha daralması gerektiği kanısındayız. Bununla birlikte, yapılan işin korunmasının amaçlandığı hallerde çoğunlukla faaliyeti yürüten kişiler mağdur konumundadır. Böyle durumlarda güven unsuru ve hatta mağdur tarafından gerçek anlamda kamu erkinin kullanımı söz konusu olmasa da yapılan iş kamu görevi ve mağdur usulüne uygun olarak katılıp kamu adına hareket etmekte ise kamu görevlisi sıfatı bakımından daha geniş bir değerlendirme yapmak gerekir.

Bazı kanunlarda birtakım faaliyetleri yürütmekte olanların ceza hukuku bakımından kamu görevlisi sayılacağı, kamu görevlisi gibi cezalandırılacağı veya onlara karşı işlenen suçlar bakımından kamu görevlisi sayılacakları

düzenlenmiş olabilir. Bu durumda öncelikle söz konusu düzenlemenin TCK 5. maddenin yürürlük tarihi olan 31.12.2008'den sonra yapıp yapılmadığına bakmak; önce yapılmışsa zimnen ilga edildiğini, sonra ise geçerli olduğunu kabul etmek gerekir. Geçerli olduğu ihtimalde artık yukarıda sayılan ölçütler olsun olmasın kamu görevlisi sıfatı belirtilen kişilere kanunen verildiğinden ayrıca bir değerlendirmeye gerek olmayacaktır.

Son olarak Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme tarafından istenen bilgi ve belgelerin gönderilmemesinin kabahat oluşturup oluşturmadığı meselesine bakıldığında; Kabahatler Kanununun ilgili maddesinde genel çerçevenin aksine sıkı bir kanuniliğin benimsendiği görülecektir. Yani aslında kabahatlerde çerçeve hüküm mümkün iken “*emre aykırılık*” kabahatini düzenleyen 32. maddede cezalandırma için ilgili kanunda açıkça düzenlemenin yer alması gerektiği belirtilmiştir. Muhtelif kanunlarda bazı emirlerin yerine getirilmemesi durumu için bu maddeye atıf yapan düzenlemeler yer alsa da bilgi ve belge temini emrine aykırılık durumunda Kabahatler Kanunu m. 32'deki emre aykırılık kabahatinin oluşacağına ilişkin CMK veya başka bir kanunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle karara konu teşkil eden olayda kabahat nevinden bir sorumluluğun da oluşmadığı kabul edilmelidir.

KAYNAKÇA

- Akalan A R, “Emre Aykırılık Kabahati”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, 11 (1), 369-388.
- Akyürek G, “Ceza Muhakemesi Kanunu’nun Unutulmuş Hükmü: Madde 332 (Bilgi İsteme)”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Köksal Bayraktar’a Armağan, 2011, 2(1), 933-942.
- Artuk M E/Gökçen A/Yenidünya A C, Ceza Hukuku Özel Hükümler, On üçüncü bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Aydın H, “Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, Ankara Barosu Dergisi, 2010, Yıl: 68, Sayı: 2010/1, 109- 128.
- Demren Dönmez B, “Türk Ceza Hukukunda ‘Kamu Görevlisi’ Kavramı”, TBB Dergisi, 2011, Sayı: 94, 95-130.
- Erman, S, “Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 1947, 2 (3), 235-276.
- Gökcan H T, “Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Kamu Görevlisi Kavramı”, CHKD, 2015, 3 (2), 147-160.
- Gökcan H T, Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.
- Gökcan H T/Artuç M, Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri, 3.Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- Koca M/Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Koca M/Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Sekizinci bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Okuyucu Ergün G, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, TBB Dergisi, 2009, sayı 82, 139-169.
- Özen M/Tozman Ö, “Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, Amme İdaresi Dergisi, 2009, 25-57, 42 (4).
- Özgenç İ, “Kamu Görevi Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1994, 4 (1-2), 329-348.

İzzet Özgenç, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Birinci baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.

Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, On sekizinci bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

Şen E/Şahin B, “Adli Merciler Tarafından Bilgi İsteme ve Görevi Kötüye Kullanma” (Ersan Şen Hukuk ve Danışmanlık, Ekim 2020) [https://sen.av.tr/tr/makale/Adli-Merciler-Taraf%C4%B1ndan-Bilgi-isteme-ve-Gorevi-kotuye-Kullanma#:~:text='\(1\)%20Kanunda%20ayr%C4%B1ca%20su%C3%A7,kadar%20hapis%20cezas%C4%B1-20ile%20cezaland%C4%B1r%C4%B1l%C4%B1r](https://sen.av.tr/tr/makale/Adli-Merciler-Taraf%C4%B1ndan-Bilgi-isteme-ve-Gorevi-kotuye-Kullanma#:~:text='(1)%20Kanunda%20ayr%C4%B1ca%20su%C3%A7,kadar%20hapis%20cezas%C4%B1-20ile%20cezaland%C4%B1r%C4%B1l%C4%B1r), Erişim Tarihi: 7.11.2022;

Tezcan, D, “Kamu İdaresinin Güvenilirliğine, İşleyişine ve Kamu Barışına Karşı Suçlar”, Türk Ceza Kanununun 2 Yılı, Türk Ceza Hukuku Derneği, 2008.

Turabi, S, “Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, Ceza Hukuku Dergisi, 2012, Sayı: 20, 87-110.

Türay, A, “Ceza Hukuku Bağlamında Kamu Görevlisi Kavramına İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, 14 (2), 355-377.

Yarsuvat D, (1964). “Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Suçların Genel Prensipleri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1964, 30 (3-4), 665-691.

Yokuş Sevik H, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, 23(39), 257-316.

KARARLAR

AYM, Tamer Mahmutoğlu Başvurusu, Başvuru No: 2017/38953, Karar Tarihi: 23.07.2020.

Danıştay 8. Daire, 1993/117 E., 1994/306 K., 27.1.1994.

Danıştay 1. Daire, 2000/29 E., 2000/59 K., 17 .04.2000.

YCGK, 2010/258 E., 2011/46 K., 12.04.2011.

YCGK, 2012/5-1275 E., 2013/419 K., 22.10.2013.

YCGK, 2018/287 E., 2020/409 K., 8.10.2020.

Yarg. 9. CD, 2020/7767 E., 2020/2508 K., 08.12.2020.

YCGK, 2019/595 E., 2021/58 K., 25.02.2021.

YCGK, 2019/595 E., 2021/58 K., 25.02.2021.

YCGK, 2020/337 E., 2021/162 K., 22.04.2021.

Yarg. 7. CD, 2021/13493 E., 2021/13662 K., 26.10.2021.

Yarg. 11. CD, 2018/3684 E., 2021/10086 K., 10.11.2021.

**TEHDİT VE HAKARET İÇEREN İFADELERİN BİRLİKTE
KULLANILMASI DURUMUNDA CEZAİ SORUMLULUĞUN
BELİRLENMESİNE İLİŞKİN KARAR İNCELEMESİ: YARGITAY
CEZA GENEL KURULU E. 2018/46, K. 2021/38 SAYILI KARARI**

*Review Of The Judgement About Determining Criminal Liability In The
Case Of Committing Threatening And Insulting Act Together: General
Assembly Of Criminal Chambers Of The Court Of Cassation's Judgement
Numbered E. 2018/46, K. 2021/38*

Melike Hafsa MUCUK*

Özet

Türk hukukunda suçların içtimaı TCK 42 ila 44. maddelerinde düzenlenmektedir. Genel içtima kurallarını koyan bu normlar dışında da bazı suç tiplerine ilişkin özel içtima kuralları getirilmiştir. Ancak tehdit ve hakaret teşkil eden fiillerin bir arada işlenmesi durumuna özgü bir içtima kuralı getirilmemiştir. Ceza yargılamalarına yansıyan somut olaylar değerlendirildiğinde, birçok olayda hakaret ve tehdit teşkil eden ifadeler bir arada kullanılmaktadır. Bu durumda her ne kadar konuşma bir bütün teşkil etse de her olayda tek bir fiilin varlığından söz edilemez. Böyle bir durumda faile hem tehdit hem hakaret suçundan ceza verilmesi, işlenen fülle orantısız bir ceza vermek niteliğinde olacağından ceza adaletiyle bağdaşmamaktadır. Nitekim aynı durum görevi yaptırmamak için direnme suçunda da karşımıza çıkmaktadır. Hakaret suçu, görevi yaptırmamak için direnme suçunun unsuru olmadığından ayrıca cezalandırılmakta ve faile fiiliyle orantısız bir ceza verilmektedir. Karar incelemesinde mahkemenin verdiği karara konu olay değerlendirilerek, söz konusu probleme ilişkin çözüm önerilmektedir.

***Anahtar Kavramlar:** Tehdit suçu, hakaret suçu, fiilin teklifi-çokluğu, görevi yaptırmamak için direnme suçu, içtima.*

Abstract

In Turkish law, the aggregation of crimes is regulated between Articles 42 and 44 of the Turkish Penal Code. Apart from these norms that set the general rules of aggregation of crimes, special rules of aggregation were brought for some types of

* Araştırma Görevlisi, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Eskişehir, Türkiye,
e-posta: mhafsa.mucuk@gmail.com ORCID: 0000-0002-1733-1610

crimes. However, an aggregation rule specific to the case of committing threatening and insulting acts together has not been brought. When the concrete events reflected in the criminal proceedings are evaluated, in many cases insulting and threatening expressions are used together. In this case, although the speech constitutes a unity, it can't be said that there is a single action in every situation. In such case, because punishing the perpetrator with both threats and insults would be giving a disproportionate punishment to the committed act, it would not be compatible with criminal justice. Thus, the same situation is encountered in the crime of prevention of public duty. Since insult is not an element of the crime of prevention of public duty, it is punished also and the perpetrator is given a disproportionate punishment for his act. In the review of judgement, the case that is the subject of the court's decision is evaluated and a solution is suggested for the problem in question.

Keywords: *Threat offence, insult offence, singleness and plurality of action, prevention of public duty offence, aggregation of offence.*

GİRİŞ

Hakaret suçu TCK'nın 125. maddesinde; tehdit suçu ise TCK'nın 106. maddesinde düzenlenmiştir. Her iki suçun bir arada işlenmesine ilişkin bir içtima normu Türk Hukuku'nda düzenlenmemiştir. Bu sebeple uygulamada hukuki anlamda tek fiil olduğu kabul edilmeyerek her bir ifade için failin ayrı ayrı cezalandırılması yoluna gidilmektedir. Benzer şekilde TCK 265. maddesinde düzenlenen görevi yaptırmamak için direnme suçunun unsuru olarak hakarete yer verilmemiştir. Dolayısıyla görevi yaptırmamak için direnen kişi aynı zamanda hakaret teşkil eden ifadeler kullandığında, hakaret suçundan ayrıca cezalandırılmaktadır. Karar incelememizde öncelikle Yargıtay Ceza Genel Kurulunun önüne gelen somut olay değerlendirilecek olup, hukuki soruna çözüm üretilecektir. Ayrıca farklı ihtimaller halinde cezai sorumluluğun nasıl belirleneceği üzerinde durulacaktır.

I. OLAY

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun **16.2.2021** tarihli ve E. 2018/46, K. 2021/38 sayılı kararına konu teşkil eden olayda; B'yi kasten yaralayan A, hakkında bu nedenle açılan kamu davasının duruşma salonuna girdiği sırada, katılan B'ye hitaben "**Seni öldüreceğim, senin ananı avradını sinkaf edeceğim**" şeklinde sözler sarf eder.

Bilgi: Bu ifadeler, mahkeme heyeti tarafından duruşma tutanağına geçirilir.

II. ÇÖZÜMLENMESİ GEREKEN HUKUKİ SORUNLAR

Karara konu olayda, sırasıyla aşağıdaki hukuki sorunların tartışılması gerekir:

A) A'nın B'ye hitaben sarf ettiği sözler hangi suçları oluşturur?

B) A'nın sarfettiği bu sözler dolayısıyla sorumluluğu bağlamında suçların içtimasına ilişkin hangi hükümler uygulanabilir?

C) A, bu sözleri tanık sıfatını haiz B'ye duruşma salonuna girmeden önce sarf etmiş olsaydı, A'nın cezai sorumluluğu hangi hükme göre belirlenmeliydi?

D) A, bu sözleri tanık sıfatını haiz B'ye duruşmadan sonra sarf etmiş olsaydı, A'nın cezai sorumluluğu hangi hükme göre belirlenmeliydi?

III. MERCİLERİN ÇÖZÜM ŞEKİLLERİ

Yerel Mahkeme

Sanığın fiilinin hukuki anlamda tek bir fiil olmadığı gerekçesiyle seni öldüreceğim ifadesi için tehdit suçunun oluştuğuna; senin ananı avradını sinkaf edeceğim ifadesi için hakaret suçunun oluştuğuna karar vermiştir.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi

“‘Seni öldüreceğim, senin ... sinkaf edeceğim’ biçimindeki sözlerin geleceğe yönelik TCK’nın 106/1-1. madde ve cümlesinde düzenlenen hayata ve cinsel dokunulmazlığa yönelik tehdit suçunu oluşturduğu gözetilmeden, sanık hakkında hakaret suçundan ayrıca mahkûmiyet hükmü kurularak fazla ceza verilmesinden dolayı” ilk derece mahkemesi kararının bozulmasına karar vermiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı

“Sanığın sarf ettiği ‘Seni öldüreceğim!’ şeklindeki sözlerin, bir kimsenin hayatına yönelik olduğu ve yaşamını sürdürme hakkını ortadan kaldıracığına yönelik bir açıklamayı içerdiği ve sanığın bu sözlerinin TCK’nın 106/1 maddesinde yazılı tehdit suçunu oluşturduğu; sanığın sarf ettiği ‘Senin ananı, avradını sinkaf edeceğim!’ şeklindeki sözlerinin, katılanın onur, şeref ve saygınlığını zedeleyici nitelikte olup hakaret suçunu oluşturduğu” kanaati ile itiraz yoluna başvurmıştır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu

“*Senin ananı avradını sinkaf edeceğim!*” şeklindeki sözlerin ‘*Seni öldüreceğim!*’ şeklindeki tehdit içerikli sözlerden hemen sonra söylenmiş olması karşısında; eylemin gerçekleştirildiği sırada sergilenen davranışlar dikkate alındığında, tehdit kastı ile hareket ettiği konusunda kuşku bulunmayan sanık tarafından söylenen sözlerin olayın bütünlüğü içerisinde küll halinde geleceğe yönelik olarak hayata ve cinsel dokunulmazlığa karşı tehdit suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir.” şeklinde hüküm kurmuştur.

Bazı Ceza Genel Kurul Üyeleri karşı oy kullanmıştır. Bu üyelerin karşı oylarına göre “*sanığın sarf ettiği ‘seni öldüreceğim’ şeklindeki sözlerin, bir kimsenin hayatına yönelik olduğu ve yaşamını sürdürme hakkını ortadan kaldıracığına yönelik bir açıklamayı içerdiği ve sanığın bu sözlerinin TCK’nın 106/1 maddesinde yazılı tehdit suçunu oluşturduğu, sanığın sarf ettiği ‘Senin ananı, avradını sinkaf edeceğim.’ şeklindeki sözlerinin ise katılanın onur, şeref ve saygınlığını zedeleyici nitelikte olup hakaret suçunu oluşturduğu, bu hâliyle sanığın fiilinin hukuki anlamda tek bir fiil oluşturmadığı, gerçek içtima hükümleri uyarınca hem tehdit, hem de hakaret suçunun oluşturduğu ve sanığın her iki suçtan ayrı ayrı mâhkumiyetine **hükmedilmesi**” gerekmektedir.*

IV. HUKUKİ DEĞERLENDİRME VE GÖRÜŞÜMÜZ

A) A’nın B’ye hitaben sarf ettiği sözler hangi suçları oluşturur?

Öncelikle suç nitelendirmesinde bulunabilmek için B’nin ceza yargılaması sırasındaki sıfatının belirlenmesi gerekir. Eğer B’nin sıfatının tanık olduğu sonucuna varılırsa -tanıklık kamusal bir görev olduğundan ve TCK 6/1-c maddesi gereğince kişiler tanıklık yaparken kamu görevlisi kabul edileceğinden- suç nitelendirmesinin değişmesi söz konusu olacaktır. Tanık; ceza muhakemesine konu olay hakkında beş duyusu ile edindiği bilgiyi aktaran, yargılamanın tarafı olmayan kimsedir¹. Tanık ceza yargılamasının tarafı olmadığından her ne kadar mağdur veya suçtan zarar görenin dinlenilmesinde CMK 236. maddesi gereğince tanıklığa ilişkin hükümler uygulansa da bu kişiler teknik anlamda tanık değildir². Hakeza CMK 236. maddesinde katılana yer verilmemesi ve katılanın davanın tarafı olması dolayısıyla katılan tanık

¹ Feridun Yenisey/ Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 536; Veli Özer Özbek/ Koray Doğan/ Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 585; Cumhur Şahin/ Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 28

² Şahin/ Göktürk, s. 29.

olarak dinlenemez³. Ayrıca katılan ve şikayetçinin tanık sıfatıyla dinlenmesi tanığın tarafsız olması, beyanlarının doğru ve güvenilir olması gerekliliğini şüpheye düşürecektir. Bu sebeple katılan tanık sıfatıyla dinlenemez⁴. Katılan sıfatını almış B, A hakkında yürütülen ceza yargılamasında tanık sıfatını haiz olmadığından beyanda bulunurken kamu görevlisi sayılmayacaktır.

Bu belirlemeden sonra suç tipi incelemesine geçilirse;

1) TCK 125. maddesinde hakaret “*Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden (...)45 veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu suçun ihdas edilmesiyle korunan hukuki değer kişinin itibarı, onuru, şeref ve saygınlığıdır⁵. Seçimlik hareketli bir suç olarak öngörülen hakaret suçu, somut bir fiil veya olgu isnat etmek ya da sövmek suretiyle işlenebilmektedir⁶. Sövmek; bir kimseye küfür etmek, o kişiye onur şeref, saygınlığını zedeleyici bir sıfat, değer yargısı yakıştırmaktır⁷. TCK 125/3-a maddesinde kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret suçunun işlenmesi cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için hakaret teşkil eden ifadenin, görev dolayısıyla sarf edilmesi şarttır⁸. Ayrıca kamu görevlisine karşı görevinden ayrıldıktan sonra dahi görevi dolayısıyla hakaret edilirse yine bu nitelikli hal uygulama alanı bulacaktır. Çünkü suçun görev sırasında işlenmesi değil; görev dolayısıyla işlenmesi aranmıştır⁹.

Bu bilgiler ışığında B’ye yönelik “*Senin ananı avradını sinkafedeceğim!*” şeklindeki ifade sövme suretiyle hakaret suçuna vücut vermektedir. Katılan B, tanık sıfatıyla dinlenmediğinden TCK 125/3-a maddesindeki nitelikli halin

³ Nevzat Toroslu/ Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 226-227.

⁴ Erdener Yurtcan, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 727-728.

⁵ Mahmut Koca/ İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 545; Mehmet E. Artuk/ Ahmet Gökçen/ Kerim Çakır/ Mehmet E. Alşahin: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 20. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 506.

⁶ Koca/ Üzülmez, Özel Hükümler, s. 550; Veli Özer Özbek/ Koray Doğan/ Pınar Bacaksız: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 506.

⁷ Zeki Hafizoğulları/ Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 7. Baskı, US-A Yayınevi, Ankara, 2021, s. 242.

⁸ Hafizoğulları/ Özen, s. 254; Artuk/ Gökçen/ Çakır/ Alşahin, Özel Hükümler, s. 516.

⁹ Artuk/ Gökçen/ Çakır/ Alşahin, Özel Hükümler, s. 517.

gerçekleşmesi söz konusu değildir.

2) TCK 106. maddesinde tehdit “*Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehdit eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu suçun düzenlenmesiyle korunan hukuki değer kişinin huzuru, güvenlik duygusu, serbest karar verme ve hareket etme özgürlüğüdür¹⁰. Tehdidin konusu olan kötülüğü failin gerçekten gerçekleştirmek isteyip istememesi suçun oluşumunu etkilememektedir¹¹. Tehdit suçunda fail gelecekte kendi iradesine bağlı olarak gerçekleştirebileceği bir haksızlığı (saldırıyı) mağdura bildirmektedir¹². Tehdit suçunu düzenleyen norm, “*genel ve tamamlayıcı bir norm*” olduğundan eğer tehdit suçu başka bir suçun unsuru haline gelmişse TCK 106. maddesi uygulama alanı bulmaz¹³.

Somut olayda A'nın B'ye hitaben söylediği “*Seni öldüreceğim. Senin ananı avradını sinkafedeceğim!*” cümleleri tehdit suçuna vücut vermektedir. Zira ilk cümlede kişinin kendi hayatına yönelik bir saldırının gerçekleştirileceğinden bahsedilirken, ikinci cümlede kişinin yakınının cinsel dokunulmazlığına ilişkin bir saldırının gerçekleştirileceğinden bahsedilmektedir¹⁴.

Somut olayda katılan B tanık sıfatını haiz olmadığından, kamu görevlisine görevini yaptırmamak için direnme suçu gündeme gelmeyecektir. B söz konusu ceza yargılamasında tanık sıfatını haiz olsaydı, tanıklık kamu görevi olduğundan artık A hakkında tehdit suçu değil; TCK 265. maddesinde düzenlenen görevi yaptırmamak için direnme suçu gündeme gelecekti. Zira tehdit suçu, bileşik suç olarak düzenlenmiş olan görevi yaptırmamak için direnme suçunun unsurudur. Dolayısıyla A, B'ye karşı B'nin tanıklık görevini yapmasını engellemek amacıyla karara konu ifadeleri sarf etseydi TCK 265.

¹⁰ Koca/ Üzülmöz, Özel Hükümler, s. 444; Artuk/ Gökçen/ Çakır/ Aşahin, Özel Hükümler, s. 422; Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Özel Hükümler, s. 399; Suçun hukuki konusunun irade özgürlüğü olduğunu ileri süren görüş için bkz. Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, 10. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 80.

¹¹ Koca/ Üzülmöz, Özel Hükümler, s. 449.

¹² Toroslu, s. 80-81.

¹³ Toroslu, s. 80; Artuk/ Gökçen/ Çakır/ Aşahin, Özel Hükümler, s. 439.

¹⁴ Burada cümlenin ikinci kısmı bakımından Yargıtay hakaret suçunun varlığını kabul etmektedir: Yargıtay 4. CD, 2021/30833 E., 2021/28223 K. 28.04.2022 sayılı kararında “*senin de a. na koyarım, o..pu çocuğu, seni s.keceğim, ananı avradını s. keceğim, a.ına koduğumun çocuğu*” şeklinde hakaretlerde bulunduğu”na kanaat getirmiştir. Yargıtay 4. CD, 2019/1592 E., 2021/25116 K. 21.10.2021 sayılı kararında “*katılana hitaben “anani avradını sinkaf ederim» diyerek hakaret ettiği*”nden bahisle hüküm kurmuştur.

maddesinden sorumlu tutulması gündeme gelirdi¹⁵.

B) A'nın sarfettiği bu sözler dolayısıyla sorumluluğu bağlamında suçların içtimasına ilişkin hangi hükümler uygulanabilir?

Ceza hukukunda “*kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza vardır*” formülüyle gerçek içtima kuralı benimsenmiştir¹⁶. Hareketin doğal anlamda tekliği ve hukuki anlamda tekliği aynı anlama gelmeyen ifadelerdir. Doğal anlamda birden çok hareketin olduğu durumda hukuken tek hareketin varlığından söz edilebilir¹⁷. Bu durumun örneklerinden biri de doğal hareket tekliği görüşüdür. Bu görüşe göre “*birlik arz eden bir irade, aynı türdeki davranış şekli, bu hareketler arasında zaman ve mekân yönünden sıkı bir ilişki ve bunların objektif olarak ve harici bir gözlemci tarafından birbirine bağlı, tek hareket olarak görülmesi*” şartlarının sağlanması durumunda hukuken tek hareket vardır¹⁸.

Yargılamaya konu olayda A, kendisi hakkında yürütülen başka bir yargılamanın duruşma salonuna girdiği sırada, bu yargılamaya konu suçun mağduruna yönelik bahse konu sözleri sarf etmiştir. Sanık savunmasında B yüzünden 13 yıl hapis cezası aldığını, duruşma günü B’yi görünce birden sinirlendiğini ve bir anlık sinirle ağzından kötü sözler çıktığını söylemiştir. Yukarıda belirtilen şartlar ışığında bir değerlendirilme yapılırsa;

a) A bir anlık sinirle kötü sözler sarf etme iradesiyle hareket etmiştir.

b) Her iki cümlede de geleceğe yönelik bir saldırı gerçekleştireceğine ilişkin aynı türden sayılabilecek hareketlerin gerçekleştirileceği ifade edilmiştir (tehdit).

c) Her iki cümle aynı mekânda ve birbiri ardına sarf edilmiştir.

¹⁵ Maddede “*görevini yapmasını engellemek amacıyla*” demek suretiyle saike unsur olarak yer verildiğinden, suçun oluşması bakımından fail kamu görevlisine görevini yaptırmamak için hareket etmelidir. Artuk/ Gökçen/ Çakır/ Alşahin, Özel Hükümler, s. 1162.

¹⁶ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 601.

¹⁷ Bu görüş doktrinde hukuki anlamda hareket tekliği görüşü olarak adlandırılmakta ve iki durumda doğal anlamda birden fazla fiil bulunmasına rağmen hukuken tek fiilin varlığından bahsedilmektedir. Bunlar doğal fiil tekliği ve tipik hareket tekliğidir. Mehmet E. Artuk/ Ahmet Gökçen/ Kerim Çakır/ Mehmet E. Alşahin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 806-807.

¹⁸ Mahmut Koca/ İlhan Üzülmöz: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 515; Berrin Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 862-863.

d) İki cümle, harici bir gözlemci tarafından objektif olarak tek hareket sayılabilecek niteliktedir.

Dolayısıyla yerel mahkemenin veya YCGK'nin kararına karşı oy yazan hakimlerin iddiasının aksine iki ayrı tamamlanmış hareket ve suçtan bahsedilemez. Zira yukarıdaki şartlar kümülatif olarak gerçekleşmiştir.

Fiilin tek olduğuna karar verdikten sonra, fiilin hukuki nitelendirmesine geçilirse;

Bu bilgiler ışığında “*Seni öldüreceğim. Senin ananı, avradını sinkaf edeceğim.*” cümleleri, kişinin kendisinin hayatına, yakınlarının ise cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırının gerçekleştirileceğinin ifade edilmesinden dolayı tehdit suçu bakımından tipiktir. Somut olayda “*seni öldüreceğim*” ifadesi hakaret niteliğinde bir ifade değildir ancak ifadenin ikinci kısmı bakımından hakaret suçunun sövme şeklinde işlenmesi söz konusudur. Kanaatimizce fiil, doğal hareket teklifi görüşü dolayısıyla bir bütün olarak tehdit suçunu oluşturmaktadır. Ancak ikinci cümle sövme suretiyle hakaret suçunu da oluşturmaktadır. Bu durumda farklı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına karar vermek gerekir. Farklı neviden fikri içtima kuralının (TCK 44) uygulanabilmesi için tek bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebep olmak gereklidir. Yani gerçekleştirilen farklı suçlar bakımında fiilin aynı olması gerekir¹⁹. Doktrinde, fiilin icra hareketlerinin bir kısmının uyması yani kısmi ayniyet halinde farklı neviden fikri içtima kuralının uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bazı yazarlar kısmi ayniyet halinde de TCK 44. maddesinin uygulanacağını kabul ederken²⁰; bazı yazarlar ancak tam ayniyette TCK 44. maddesinin uygulanabileceğini belirtmektedir²¹. Yargılamaya konu olay bağlamında kısmi ayniyetin kabul edilmesi halinde failin daha ağır cezayı gerektiren suçtan cezai sorumluluğunun belirlenmesi yoluna gidilmelidir. Kısmi ayniyetin kabul edilmemesi durumunda ise fiil bir bütün olarak tehdit suçunu oluşturduğundan, fail hakkında tehdit suçundan hüküm kurulmalıdır.

Fiilin teklifi çokluğu meselesinde tek bir cümle içinde hem hakaret hem de tehdit teşkil eden ifadeler kullandığında failin cezai sorumluluğu

¹⁹ Artuk/ Gökçen/ Çakır/ Alşahin, Genel Hükümler, s. 810.

²⁰ Akbulut, s. 922; Koca/ Üzülmez, Genel Hükümler, s. 535.

²¹ Artuk/ Gökçen/ Çakır/ Alşahin, Genel Hükümler, s. 810; Neslihan Göktürk, Fikri İçtima, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 153.

hangi hüküm veya hükümlere göre belirlenecek, ayrı cümleler içinde hakaret ve tehdit teşkil eden ifadeler kullanıldığında failin cezai sorumluluğu hangi hüküm veya hükümlere göre belirlenecek sorusu gündeme gelmektedir. Doktrinde bazı yazarlar tek cümle içinde hem hakaret hem tehdit içerikli bir ifadenin bulunması durumunda, farklı neviden fikri içtima kuralının uygulanması gerektiğini savunurken²² bazı yazarlarsa böyle bir durumda gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunmaktadır²³.

Yargıtay kararlarında ise genel olarak gerçek içtima kuralları uygulanırken bazı kararlarda tek suçun olduğundan bahisle hüküm kurulmuştur. Örneğin Yargıtay 4. Ceza Dairesi bir kararında “*Sanığın söylediği kabul edilen “siz benim kim olduğumu bilmiyorsunuz hepinizin a....na koyacağım” sözünün bir bütün olarak TCK’nın 106/1.1.cümlesi kapsamında tehdit suçunu oluşturduğu gözetilmeden, ayrıca hakaret suçundan da mahkûmiyet kararı verilmesi*” dolayısıyla kararın bozulmasına karar vermiştir²⁴. Başka bir kararında da Yargıtay 4. Ceza Dairesi “*Sanığın, katılana söylediği kabul edilen “kızı benim elimden neden adınız, Ben sizi öldüreceğim, sizin hepinizi tarayacağım, sizin hepinizin anasını avradını sinkaf edeceğim” şeklindeki sözlerin bir bütün halinde tehdit suçunu oluşturduğu gözetilmeden, hakaret ve tehdit eylemlerinden hüküm kurulması*” dolayısıyla kararın bozulmasına karar vermiştir²⁵.

Ayrı cümleler içinde tehdit ve hakaret içerikli ifadelerin kullanılması durumundaysa doktrinde genel kanı gerçek içtima kuralı gereğince ayrı ayrı ceza verilmesi yönündedir²⁶.

Hakaret suçuyla içtima ilişkisi tartışmalı bir diğer suç, TCK 265. maddesinde düzenlenen “görevi yaptırılmamak için direnme suçu”dur²⁷. Doktrindeki genel kanı, hakaret bu suçun unsuru olmadığından görevi

²² Koca/ Üzülmöz, Özel Hükümler, s. 466; Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/ Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 532.

²³ Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Özel Hükümler, s. 412.

²⁴ Yargıtay 4. CD., 2014/49624 E., 2017/19823 K., 18.09.2017.

²⁵ Yargıtay 4. CD., 2013/26826 E., 2015/37773 K., 16.11.2015.

²⁶ Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 533; Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Özel Hükümler, s. 412; Koca/ Üzülmöz, Özel Hükümler, s. 466.

²⁷ Görevi yaptırılmamak için direnme suçu 765 S. TCK’nın 258. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre “*Bir memura veya ona yardım edenlere memuriyetine ait vazifeleri ifa sırasında cebir ve şiddet veya tehdit ile mukavemet eden kimse altı aydan iki seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*”

yaptırmamak için direnen kimse hakaret etmişse her iki suçtan ayrı ayrı ceza verilerek gerçek içtima kuralı uygulanması yönündedir²⁸. Doktrindeki azınlık görüşe göreyse hakaret teşkil eden ifade, kamu görevlisine görevini yaptırmamak için direnme eylemiyle bütünlük arz etmediği sürece gerçek içtima kuralı uygulanır²⁹.

765 S. TCK döneminde memura mukavemet suçunun düzenlendiği 258. Maddede, hakaret suçuna bu suçun unsuru olarak yer verilmemiştir. Buna rağmen gerek Yargıtay kararlarında gerekse doktrinde, hakaret teşkil eden ifadelerin memura mukavemet suçunun unsuru olduğu ve ayrıca cezalandırılmayacağı yönünde genel bir görüş vardır³⁰. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira hakarete suçun unsuru olarak yer verilmemiştir. Kanun koyucu hakaretin ayrıca cezalandırılmamasını isteseydi buna ilişkin bir norm ihdas edeceğinden, gerçek içtima kuralı uygulanmalıydı.

Bu açıklamalara paralel olarak ceza hukukunda geçerli olan suçta ve cezada biçimsel kanunilik ilkesi gereğince tehdit içerikli bir ifade yanı hakaret teşkil eden bir ifade dolayısıyla hakaret suçundan ceza vermeyip, cezanın artırılması yoluna gidilmesi içtihatlarla öngörülemez. Zira tehdit ve hakaret karşılığında uygulanacak yaptırımlar Türk Ceza Kanunu'nda açıkça öngörülmüştür. Tehdit ve hakaret teşkil eden ifadelerin bir arada kullanılması durumunda iki ayrı suçtan hüküm kurulması, fiilin haksızlık içeriğine nazaran daha ağır bir sonuç doğurmaktadır. Burada getirilecek yeni bir düzenlemeyle tehdit yanında hakaret içeren bir ifade kullanılması durumunda hakareten ayrıca ceza verilmeyip, cezanın belirli bir miktar artırılması yönünde kanun değişikliğine gidilmesi daha isabetli bir çözüm olacaktır. Aynı düzenleme TCK 265. maddesinde düzenlenen "görevi yaptırmamak için direnme" suçu bakımından da getirilmelidir.

C) A, bu sözleri tanık sıfatını haiz B'ye duruşma salonuna girmeden önce sarf etmiş olsaydı, A'nın cezai sorumluluğu hangi hükme göre belirlenmeliydi?

B tanık sıfatını haiz bir kimse olsaydı, duruşma salonuna girdiği sırada A'nın sarf ettiği sözlerin hukuki nitelendirmesi değişecektir. Zira bir

²⁸ Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Özel Hükümler, s. 1138; Artuk/ Gökçen/ Çakır/ Alşahin, Özel Hükümler, s. 1163.

²⁹ Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 1344.

³⁰ Enes Gültekin, Görevi Yaptırmamak için Direnme Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 28.

kamu görevlisine karşı suç işlenmesi söz konusudur. Bu durumda yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde “*Senin ananı avradını sinkaf edeceğim*” cümlesi kamu görevlisine görevi dolayısıyla hakaret (TCK 125/3-a) suçunu oluşturmaktadır. Ancak doğal hareket teklifi görüşü doğrultusunda fiil bir bütün olarak tehdit suçunu oluşturduğundan, TCK 265. maddesinde düzenlenen görevi yaptırmamak için direnme suçu gündeme gelecektir. Bu halde fail A, B’yi kamu görevi olan tanıklığı yaptırmamak amacıyla tehdit ettiğinden fiil bir bütün olarak TCK 265. maddesine vücut verecektir. Kısmi ayniyetin kabul edildiği durumda TCK 265. maddesinde daha ağır ceza öngörüldüğünden, bu maddeden hüküm kurulur. Kısmi ayniyetin kabul edilmediği durumda ise fiil bir bütün olarak TCK 265. maddesini oluşturduğundan yine A’nın cezai sorumluluğu bu hükme göre belirlenir.

D) A, bu sözleri tanık sıfatını haiz B’ye duruşmadan sonra sarf etmiş olsaydı, A’nın cezai sorumluluğu hangi hükme göre belirlenmeliydi?

Bu ihtimalde B kamu görevi olan tanıklık görevini ifa ettiğinden, TCK 265. maddesinde düzenlenen görevi yaptırmamak için direnme suçu meydana gelmeyecektir. Zira artık hem görev yerine getirilmiştir hem de A kamu görevini yaptırmamak saikiyle hareket etmiyordur. Bu halde A’nın sarf ettiği ikinci cümle TCK 125/3-a maddesi bakımından tipiktir. Yine yukarıda yapılan açıklamalara paralel A’nın ifadeleri doğal hareket teklifi görüşüne göre bir bütün olarak tehdit suçuna vücut vermektedir. TCK 106. maddesinde tehdit suçunun kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla işlenmesi nitelikli haline yer verilmediğinden, A sadece tehdit suçunun temel şekliyle sorumlu tutulmalıdır.

SONUÇ

Ceza hukukunda “*kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza vardır*” formülüyle gerçek içtima kuralı benimsenmiştir. Ancak doğal anlamda birden çok hareketin varlığı halinde dahi hukuken tek hareketin varlığının kabul edilmesi gereken haller olabilir. Bu durumun örneklerinden biri de doğal hareket teklifi görüşüdür. Bu görüşe göre, fail tek bir iradeye dayalı aynı türdeki davranışları zaman ve mekân birliği içinde gerçekleştirmiş ve bu davranışlar objektif olarak harici bir gözlemci tarafından birbirine bağlı, tek hareket olarak görülebiliyorsa hukuken tek hareket vardır. Doğal hareket teklifi görüşünün, hakaret ve tehdit teşkil eden ifadelerin bir arada kullanılması durumunda bilhassa göz önünde bulundurulması gerekir. Zira bu görüş gereğince hukuken tek hareketin varlığından bahsedilebilecek hallerde

faile iki suçtan da ayrı ayrı ceza verilmesi adil bir sonuç olmayacaktır.

Türk hukukunda hakaret ve tehdit teşkil eden ifadelerin bir arada kullanılması durumunda veya görevi yaptırmamak için direnme suçu işlenirken hakaret teşkil eden ifadelerin bir arada kullanılması durumunda, ceza belirlenmesine ilişkin özel bir hükme yer verilmemiştir. Bu durumlarda failin fiilinin teşkil ettiği haksızlık ile iki ayrı suçtan ceza verilmesi arasında ceza adaleti bakımından bir orantısızlık ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla bu maddelerde kanun koyucu özel normlar öngörerek, tehdit ve hakaret teşkil eden ifadelerin bir arada kullanılması durumunda örneğın tehdit suçunun cezasının belli bir oranda veya miktarda artırılacağı yönünde bir norm ihdas edebilir. Ayrıca görevi yaptırmamak için direnme suçu bakımından da hakaret suçu unsur olarak veya cezanın belli bir oranda ya da miktarda artırılacağı yönünde düzenlenebilir.

KAYNAKÇA

- Akbulut B, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022.
- Artuk M E/ Gökçen A/ Çakır K/ Alşahin M E, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019.
- Artuk M E/ Gökçen A/ Çakır K/ Alşahin M E, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 20. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022.
- Göktürk N, Fikri İçtima, Adalet Yayınevi, 2013.
- Gültekin E, Görevi Yaptırmamak için Direnme Suçu, Adalet Yayınevi, 2021.
- Hafizoğulları Z/ Özen M, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 7. Baskı,US-A Yayınevi, 2021.
- Koca M/ Üzülmöz İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. baskı, Seçkin Yayınevi, 2021.
- Koca M/ Üzülmöz İ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022.
- Özbek V Ö/ Doğan K/ Bacaksız P, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2021.
- Özbek V Ö/ Doğan K/ Bacaksız P, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2021.
- Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2019.
- Şahin C/ Göktürk N, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2022.
- Tezcan D/ Erdem M R/ Önok M, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2021.
- Toroslu N, Ceza Hukuku Özel Kısım, 10. Baskı, Savaş Yayınevi, 2019.
- Toroslu N/ Feyzioğlu M, Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Baskı, Savaş Yayınevi, 2019.
- Yenisey F/ Nuhoglu A, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2021.
- Yurtcan E, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2019.

KARARLAR

Yargıtay 4. CD., 2014/49624 E., 2017/19823 K., 18.09.2017.

Yargıtay 4. CD., 2013/26826 E., 2015/37773 K., 16.11.2015.

Yargıtay 4. CD., 2021/30833 E., 2021/28223 K. 28.04.2022

Yargıtay 4. CD., 2019/1592 E., 2021/25116 K. 21.10.2021

**BORÇ İLİŞKİSİ DOLAYISIYLA İŞLENEN SUÇLARDA HAKSIZ
TAHRİK HÜKÜMLERİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ BAĞLAMINDA
YARGITAY CEZA GENEL KURULU'NUN 2021/88 KARAR SAYILI
KARARININ İNCELENMESİ**

*Review Of Decision (Decision Number 2021/88) Of The Criminal
General Assembly Of The Court Of Cassation Within The Context Of
The Applicability Of The Provisions Of Unjust Provocation In Crimes
Committed Due To The Debt Relationship*

Ubeydullah TURAN*

Özet

Bu çalışmada, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 09.03.2021 tarihli ve 2017/362 Esas, 2021/88 Karar sayılı kararı incelenmiştir. Karara konu teşkil eden olayda, fail, alacağıın ödenmemesi nedeniyle hiddete kapılıp borçluya karşı neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunu işlemiş olup; ilgili karar, söz konusu suçun faili hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağına yönelik hukuki problemin çözümüne ilişkindir. Bu çerçevede, çalışmamızda, borçlunun borcunu ödememesinin haksız bir fiil niteliğinde olup olmadığı değerlendirilmiştir. Bunun yanında, haksız tahrik hükümlerinin uygulanması bakımından haksız fiil ile buna tepki olarak işlenen suç arasında bir oran bulunması gerekip gerekmediği hususu incelenmiştir. Ayrıca, inceleme konusu olay bakımından, meşru savunma bağlamında değerlendirmelerde bulunulmuştur. Failin haksız tahrik hükümlerinden yararlanabilmesi için, işlediği suçu haksız fiilin etkisi altında işlemesi gerekliliği ile ilgili olarak, somut olay bağlamında değerlendirmeler yapılmıştır. Tüm bu değerlendirmeler çerçevesinde, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunu işleyen fail hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı belirlenmiştir.

Anahtar Kavramlar: *Haksız Tahrik, Borcun Ödenmemesi, Haksız Fiil, Meşru Savunma*

Abstract

In this study, the decision of the Criminal General Assembly of the Court of Cassation, dated 09.03.2021 and file number 2017/362, decision number 2021/88 has been examined. In the event that is the subject of the decision, the perpetrator got angry

* Araştırma Görevlisi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye,
e-posta: ubeydullah.turan@hbv.edu.tr ORCID: 0000-0002-3304-3782

due to the non-payment of his/her credit and committed the crime of aggravated injury by the result, against the debtor; the relevant decision is about the solving of the legal problem as to whether the provisions of unjust provocation can be applied to the perpetrator of the crime in question. In this context, in our study, it has been evaluated whether the debtor's failure to pay his/her debt is in the nature of a tortious act. In addition, it has been examined whether there should be a ratio between the tortious act and the crime committed in response to it, in terms of the implementation of the provisions of unjust provocation. Besides, evaluations have been made in the context of self defense in terms of the event subject to study. Evaluations have been made in the context of the concrete case regarding the necessity of committing the crime under the influence of the tortious act, in order for the perpetrator to benefit from the provisions of unjust provocation. Within the framework of all these evaluations, it has been determined whether the provisions of unjust provocation can be applied to the perpetrator who committed the crime of aggravated injury by the result.

Keywords: *Unjust Provocation, Nonpayment of Debt, Tortious Act, Self Defense*

GİRİŞ

Çalışmanın konusunu oluşturan Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2021/88 Karar sayılı kararının incelenmesi kapsamında, haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına ilişkin belirli hususların değerlendirilmesi gerekmektedir. Ceza Genel Kurulu'nun kararına konu teşkil eden olayda, borcunu ödemeyen borçluya karşı alacaklının işlediği bir suç söz konusudur. Bu suçu işleyen fail hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı, çalışmaya konu edilen hukuki problemi oluşturmaktadır. Bu hukuki problemin çözülmesi bağlamında, borçlu tarafından borcun ödenmemesinin, alacaklıya yönelik haksız bir fiil teşkil edip etmediği öncelikli olarak irdelenmelidir. Borcun ödenmemesinin haksız fiil olarak kabul edilmesi hâlinde ise, bu haksız fiilin etkisiyle işlenen suç ile haksız fiil arasında oran bulunup bulunmadığı ve böyle bir oran bulunmasının haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilirliğine etkisi değerlendirme konusu yapılmalıdır. Bunun yanında, inceleme konusu olayda işlenen suçun, borcun ödenmemesi şeklindeki fiile tepki olarak mı yoksa olayın gelişimi içerisinde gerçekleşen diğer bir fiile tepki olarak mı gerçekleştiğinin tespiti de haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanamaması bakımından önem arz etmektedir. Bu bağlamda, olayın gelişimi içerisinde gerçekleşen diğer fiilin hukuki niteliğinin ne olduğunun belirlenmesi de gerekmektedir. Çalışma kapsamında tüm bu hususlarda değerlendirmelerde bulunularak, somut olayda neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama suçunu işleyen fail hakkında haksız

tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı belirlenecektir.

I. YARGITAY CEZA GENEL KURULU KARARINA KONU TEŞKİL EDEN OLAY

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 09.03.2021 tarihli ve 2017/362 Esas, 2021/88 Karar sayılı kararına konu teşkil eden olay şu şekilde gerçekleşir: A, mobilya işiyle uğraşan ve kardeş olan B ve C'nin işyerinde çalışmaya başlar. A, yaklaşık iki hafta çalıştıktan sonra işten ayrılır. İşyerindeki yetkiliyle hesaplaşarak çalıştığı günler için ne kadar alacağı olduğunu belirlerler. A, daha sonra B'den parasını istemeye başlar. B de parası olduğu zaman ödeyeceğini söyler. Bir gün A, B'yi arar, kendisine ulaşamaması üzerine C'yi arayıp "Olacaklardan sorumlu değilim" diyerek telefonu kapatır. Bir süre sonra A, B ve C'nin işyerine giderek B'den alacağını ister. Burada A, B'ye yönelik olarak "Sana büyük zarar vereceğim" der ve dışarı çıkar. Yaklaşık beş dakika sonra işyerine geri gelen A, B'nin yakasından tutarak onu dışarı çıkarmaya çalışır. Bu sırada C ile işyerinde çalışanlar araya girerler. C, A'nın elindeki çakı bıçağını görmesi üzerine elindeki fırça sapıyla A'nın bıçak tuttuğu eline vurur. Yaşanan arbede esnasında A, C'yi sağ göğüs alt bölgesinden bir kez bıçaklar. C, iç organ yaralanmasına bağlı olarak hayati tehlike geçirecek şekilde yaralanır.

II. MERCİLERİN ÇÖZÜM ŞEKİLLERİ

Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararına konu teşkil eden olaya ilişkin olarak; A hakkında kasten yaralama suçundan açılan kamu davasında yapılan yargılama sonucunda, Bakırköy 12. Ağır Ceza Mahkemesi; A'nın, kasten yaralama suçundan Türk Ceza Kanunu'nun 86. maddesinin birinci fıkrası, aynı maddenin üçüncü fıkrasının e bendi, 87. maddesinin birinci fıkrasının d bendi ile 29, 62 ve 53. maddeleri uyarınca 2 yıl 6 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ve hak yoksunluğuna karar vermiştir¹.

Hükmün sanık müdafisi ve katılan vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 3. Ceza Dairesi, "ilk haksız hareketin sanık A'dan kaynaklandığı gözetilmeden lehine haksız tahrik hükmü uygulanmak suretiyle eksik ceza tayini" isabetsizliğinden, ilk derece mahkemesi hükmünün

¹ A hakkında kasten yaralama suçundan açılan kamu davasında yapılan yargılama sırasında, Bakırköy 18. Asliye Ceza Mahkemesi, fiilin nitelikli kasten öldürme suçuna teşebbüsü oluşturabileceği gerekçesiyle görevsizlik kararı vermiş ve bunun üzerine dosyanın gönderildiği Bakırköy 12. Ağır Ceza Mahkemesi, söz konusu mahkûmiyet hükmünü kurmuştur.

bozulmasına karar vermiştir.

Bozma kararı üzerine ilk derece mahkemesi, “*eylemin, sanık A'nın alacağını defalarca istemesine karşın verilmemesi ve tartışma sırasında fırça sapı ile C'nin vurması üzerine haksız tahrik altında işlendiği ve olayın ani gelişimi, C'nin aldığı yara yeri ve sayısı gözetildiğinde A'nın haksız tahrik altında kasten yaralama suçu sabit olmakla bu suçtan cezalandırılması gerektiği kanaatine varılmış, bu gerekçe ile Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin bozma ilamında, olayın en baştan itibaren bütünsel olarak değerlendirilmediğinin düşünüldüğü ve bozma kararının yerinde görülmediği*” şeklindeki gerekçeyle bozmaya direnerek, A'nın önceki hüküm gibi mahkûmiyetine karar vermiştir.

Dosyanın Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na gelmesi üzerine² yaptığı inceleme sonucunda Ceza Genel Kurulu, “*Önceden haber vermeden işyerinden ayrılan A'nın, çalıştığı günlerin ücretini hemen almak istemesi, B'nin ise A'ya belli bir süre sonra ücretini ödeyebileceğini belirtmesinden ibaret işçi-işveren ilişkisinden kaynaklanan ve çözüm mercisi hukuk mahkemeleri olan uyuşmazlığın haksız tahrik olarak kabulünün mümkün olmaması, A'nın alacağını istemek için işyerine geldiğinde “Sana büyük zarar vereceğim” diyerek tehdit ettikten sonra B'nin boğazına sarılarak dışarı çıkarmaya çalışması karşısında ilk haksız hareketin A'dan kaynaklanması, A'nın elinde çakı bıçağı olduğunu gören ve ağabeyi B'yi A'nın elinden kurtarmak isteyen C'nin ise, elindeki fırça sapıyla A'nın eline vurmasının da etki-tepki dengesini A lehine değiştirmeyecek ölçüde orantılı bir müdahale olması karşısında; ilk haksız hareketin A'dan kaynaklandığı anlaşıldığından A hakkında haksız tahrik hükmünün uygulanma koşullarının oluşmadığı kabul edilmelidir. Bu itibarla, Yerel Mahkemenin direnme gerekçesinin isabetli olmadığına, Yerel Mahkemenin aleyhe temyiz talebi bulunmayan direnme kararına konu mahkûmiyet hükmünün, “Sanık A hakkında haksız tahrik hükmünün uygulanma koşullarının oluşmadığının gözetilmemesi suretiyle eksik ceza tayini, aleyhe yönelen temyiz olmaması nedeniyle bozma nedeni yapılmamıştır.” eleştirisiyle onanmasına karar verilmelidir.” şeklindeki gerekçeyle, ilk derece mahkemesinin direnme kararına konu mahkûmiyet hükmünün onanmasına karar vermiştir.*

² Direnme kararına konu hükmün de sanık müdafisi tarafından temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın “bozma” istekli tebliğnamesi ile Yargıtay Birinci Başkanlığı'na gelen dosya, Ceza Genel Kurulu'nca kararına direnilen Daireye gönderilmiş, Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nce direnme kararının yerinde görülmemesi üzerine Yargıtay Birinci Başkanlığı'na iade edilen dosya, Ceza Genel Kurulu'nca değerlendirilmiştir.

III. ÇALIŞMAYA KONU EDİLEN HUKUKİ PROBLEM

İnceleme konusu olaya ilişkin olarak ilk derece mahkemesi ile Yargıtay Ceza Dairesi ve Ceza Genel Kurulu tarafından tartışılan ve çalışmamıza konu edilen hukuki problem; A'nın C'yi bıçakla yaralamak suretiyle işlediği neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu bakımından, A hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasının mümkün olup olmadığıdır.

IV. HUKUKİ PROBLEMİN ÇÖZÜMÜ İÇİN DEĞERLENDİRİLMESİ GEREKEN HUSUSLAR

İnceleme konusu olaya ilişkin olarak mercilerin çözüm şekilleri incelendiğinde; ilk derece mahkemesinin, A'nın C'yi bıçakla yaralaması fiili bakımından, A hakkında haksız tahrik hükümlerini (TCK m. 29) uygulamak suretiyle, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan (TCK m. 86, f. 1, f. 3-bent e; m. 87, f. 1-bent d) dolayı verilen cezada haksız tahrik indirimine gittiği görülmektedir. Yargıtay Ceza Dairesi'nin, ilk haksız hareketin sanık A'dan kaynaklandığı gerekçesiyle A hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağını belirterek hükmü bozmasının ardından ilk derece mahkemesi ilk kararında direnmiştir. İlk derece mahkemesi, direnme kararında, A'nın alacağını defalarca istemesine karşın verilmemesini ve tartışma sırasında fırça sapı ile C'nin A'ya vurmasını, A hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını gerektirecek, A'ya yönelik haksız fiiller olarak değerlendirmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise, A'nın alacağının verilmemesini, hukuk mahkemelerinde çözülmesi gereken, işçi-işveren ilişkisinden kaynaklanan bir uyuşmazlık olarak değerlendirerek, bunun, borçluyu yaralayan alacaklı hakkında haksız tahrik indirimine gidilmesini gerektirecek bir haksız fiil olmadığını kabul etmiştir. Ceza Genel Kurulu ayrıca, olayda ilk haksız hareketin A'dan kaynaklandığını, C'nin elindeki fırça sapıyla A'nın eline vurmasının, etki-tepki dengesini A lehine değiştirmeyecek ölçüde orantılı bir müdahale olduğunu ifade ederek, C'nin bu fiilinin de, A hakkında haksız tahrik indirimine gidilmesini gerektirmediğini kabul etmiştir.

A. BORCUN ÖDENMEMESİNİN HAKSIZ BİR FİİL OLARAK KABUL EDİLİP EDİLEMEYECEĞİ

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun söz konusu değerlendirmeleri de dikkate alındığında; somut olay bakımından ve buna benzer diğer olaylarda, alacaklının alacağını alamamaktan dolayı duyduğu öfkeyle borçluya karşı işlediği suçlarda, borçlunun borcunu ödemeyi geciktirmek suretiyle vadesi gelmesine rağmen borcunu ödememesinin alacaklı hakkında haksız tahrik

hükümlerinin uygulanmasını gerektirecek haksız bir fiil olarak kabul edilip edilemeyeceği değerlendirilmelidir.

B. HAKSIZ FİİL İLE BUNUN ETKİSİNDE İŞLENEN SUÇ ARASINDA ORAN BULUNMASININ GEREKİP GEREKMEDİĞİ

İnceleme konusu olay bağlamında ayrıca, borçludan kaynaklanan haksız bir fiilin varlığı hâlinde, bu haksız fiil ile haksız fiilin meydana getirdiği hiddetin etkisinde borçluya karşı işlenen suç arasında bir oranın bulunmasının gerekip gerekmediği ve bu hususun haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilirliğine etkisi, değerlendirme konusu yapılmalıdır.

C. BIÇAK BULUNAN ELE VURULMASININ CEZA HUKUKU BAKIMINDAN HANGİ ÇERÇEVEDE DEĞERLENDİRİLECEĞİ VE BUNUN HAKSIZ TAHRİK HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASINA ETKİSİ

Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararına konu teşkil eden olayda, C'nin, A'nın elindeki çakı bıçağını görmesi üzerine elindeki fırça sapıyla A'nın bıçak tuttuğu eline vurmasının, ceza hukuku bakımından hangi çerçevede değerlendirileceği belirlenmelidir. Bu belirleme doğrultusunda, C'nin A'nın eline vurması üzerine A'nın C'yi bıçakla yaralaması fiili bakımından, A hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasının mümkün olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bu çerçevede, inceleme konusu olayda A'nın C'ye karşı işlediği neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunu, C'nin borcunu ödememesi şeklindeki fiile tepki olarak mı yoksa C'nin A'nın bıçak tuttuğu eline vurması şeklindeki fiile tepki olarak mı işlediğinin belirlenmesi gerekmekte olup; C'den kaynaklanan söz konusu fiillerin niteliği de göz önünde bulundurulmak suretiyle, A hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı değerlendirilmelidir.

V. DOKTRİN VE YARGITAY KARARLARI ÇERÇEVESİNDE YAPILAN DEĞERLENDİRME

A. BORCUN ÖDENMEMESİNİN HAKSIZ BİR FİİL OLARAK KABUL EDİLİP EDİLEMeyeceğine İlişkin Değerlendirme

İnceleme konusu olay bağlamında ilk değerlendirme konusu; borcun ödenmesinin geciktirilmesi dolayısıyla öfkeye kapılan alacaklının borçluya karşı işlediği suçlarda, borçlunun borcunu ödemeyi geciktirmek suretiyle vadesi gelmesine rağmen borcunu ödememesinin, alacaklı hakkında haksız

tahrik hükümlerinin uygulanmasını gerektirecek haksız bir fiil olarak kabul edilip edilemeyeceğine ilişkin olacaktır. Bu değerlendirme sonucunda, inceleme konusu olayda B ve C'nin A'ya olan borçlarını ödememesi üzerine gelişen süreçte, A'nın C'ye karşı işlediği neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan dolayı alacağı cezada haksız tahrik nedeniyle indirimle gidilip gidilmeyeceği belirlenecektir.

Türk Ceza Kanunu'nun 29. maddesinde düzenlenmiş olan³ haksız tahrik; bir kişinin, haksız bir fiilin kendisinde meydana getirdiği hiddetin etkisi altında suç işlemesi hâlinde, o kişinin kusur yeteneğindeki azalmayı ifade etmektedir⁴. Belirli şartların gerçekleşmesi hâlinde, haksız tahrik dolayısıyla failin cezasında indirimle gidilmektedir⁵. Haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi için; tahrik teşkil eden bir fiil gerçekleşmeli, bu fiil haksız olmalı, haksız fiil sonucunda failde hiddet veya şiddetli elem ortaya çıkmalı ve haksız fiili gerçekleştiren kişiye karşı bu etki altında suç işlenmiş olmalıdır⁶.

Haksız tahrikten bahsedebilmek için, tahrik nedeni oluşturan bir haksız fiilin bulunması gerekirken⁷, fiilin haksız olması yeterli olup, suç teşkil etmesi gerekmez⁸. Fiilin haksız sayılması için, suç teşkil etmesi gerekmediği gibi,

³ “Haksız tahrik” başlığını taşıyan Türk Ceza Kanunu'nun 29. maddesi şu şekildedir: “Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on sekiz yıldan yirmi dört yıla ve müebbet hapis cezası yerine on iki yıldan on sekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hâllerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.”

⁴ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 520.

Haksız tahrik durumunda failin cezasında indirim yapılmasının nedeni, haksız bir harekete maruz kalan kimsenin içine düştüğü hiddet ve şiddetli elemin tesiri altında suç işlemesi olup; bu durum, kişinin kusurluluğuna etkili olmaktadır. (M. Emin Artuk/Ahmet Gökçen/M. Emin Alşahin/Kerim Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 598-599.)

Haksız tahrikin etkisi altında suç işleyen kişinin, kusur yeteneği azalmış, davranışlarını hukukun icaplarına göre yönlendirme yeteneği etkilenmiştir. (Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 360.)

⁵ TCK'nın 29. maddesi, kişinin haksız fiilin kendisinde oluşturduğu hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işlemesi hâlinde, bu suçtan dolayı verilecek olan cezanın belli bir oranda indirilmesini öngörmüştür. (Özgenç, s. 519.)

⁶ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 599. ; Koca/Üzülmez, s. 362.

⁷ Ortada haksız bir fiil bulunmuyorsa, haksız tahrikten bahsedilemez. (Koca/Üzülmez, s. 362.)

⁸ Özgenç, s. 522.

borçlar hukuku anlamında haksız fiil olması da şart değildir⁹. Türk Ceza Kanunu'nda, haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını gerektirecek fiilin yalnızca haksız olmasından bahsedilmiş, hangi fiillerin tahrik niteliğinde olduğuna ilişkin bir belirlemede bulunulmamıştır¹⁰. Hâkim, toplumda geçerli olan davranış normlarını dikkate alarak, somut olayın özelliklerine göre, fiilin haksız olup olmadığını takdir edecektir¹¹. Fiilin haksız olup olmadığı değerlendirilirken, yalnızca yazılı hukuk kurallarının değil, hukuk düzeninin tamamının göz önünde bulundurulması gerekir¹².

Fiilin haksız olmasından anlaşılması gereken, fiilin ceza hukukuna veya borçlar hukukuna aykırı olması değilken; fiilin haksızlığı bağlamında hukuka aykırılık, hukuk düzeninin bütünü çerçevesinde bir hukuka aykırılıktır¹³. Hukuk düzeninin onaylamadığı bir fiil haksız olarak kabul edilir, nitekim TCK'nın 29. maddesinin gerekçesinde, haksız fiil terimi, 'bir davranışın hukuk düzenince tasvip edilmemesi' olarak tanımlanmıştır¹⁴. Dolayısıyla,

⁹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 601-602.

¹⁰ Koca/Üzülmez, s. 362.

¹¹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 602.

Fiilin haksız olup olmadığı, toplumsal düzende hâkim olan değer yargılarına göre, hâkim tarafından takdir edilir. (Koca/Üzülmez, s. 362.)

¹² Koca/Üzülmez, s. 362.

“Bir fiilin haksızlığı, toplumsal yaşam içerisinde etkili olan değer yargılarına göre hâkim tarafından tespit edilmektedir. Hâkim, bir eylemin haksızlık içeriğini değerlendirirken, sadece yazılı hukuk kurallarına göre değil, bir bütün olarak hukukun tüm kaynaklarına göre bir değerlendirme yapmak durumundadır. Dolayısıyla, burada geçen haksızlık, herhangi bir hukuk disiplinine özgülenebilir bir kavram olmayıp, tüm hukuk düzeni için geçerli bir kavramdır.” (Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 421.)

¹³ İbrahim Çetin, Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 80-81.

“İster suç, ister haksız fiil, ister bir idari ihlâl söz konusu olsun, hukuka aykırılık genel bir mahiyet taşımaktadır. Norma aykırı her bir fiil, öncelikle ilgili olduğu hukuk dalına aykırı olmakla birlikte, hukukun birliği ve bütünlüğü dikkate alındığında hukukun geneli bakımından da hüküm ifade etmektedir. Bu bağlamda, hukuka aykırılık, fiilin hukuk düzeni ile çatışması anlamına gelmektedir.” (Tuğrul Katoğlu, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 36.)

¹⁴ Burcu Demren Dönmez, “Ceza Sorumluluğunu Azaltan Bir Neden Olarak Haksız Tahrik”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2013, 71 (1), 267-294, s. 278.

Fiilin haksız olup olmadığı konusunda, objektif ölçülere göre hukuk düzeninin böyle bir davranışı onaylayıp onaylamadığı göz önünde bulundurulur. (Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 21. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 336.)

haksız tahrike ilişkin maddede geçen “haksız bir fiil” ibaresi, mağdurdan kaynaklanan hareketin hukuk düzeninin tasvip etmediği bir hareket olması, fiilin hukuk düzeni ile çatışması anlamına gelir¹⁵. Haksız tahriki oluşturan fiilin mutlaka haksız bir fiil olması gerekirken, hukuka aykırı her davranış, haksız fiil olarak değerlendirilir¹⁶.

Bu teorik açıklamalardan sonra, değerlendirme konusunu teşkil eden, borçlunun borcunu ödemeyi geciktirmesinin, alacaklının bunun etkisiyle işlediği suçlarda alacaklı hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını gerektirecek haksız bir fiil olup olmadığı hususunda Yargıtay’ın kararlarını ele almak gerekir¹⁷.

Yargıtay’ın birçok kararında, hukuki ihtilafa konu olan hususların, haksız tahrik olarak değerlendirilemeyeceği kabul edilmektedir¹⁸. Borçlu

¹⁵ Devrim Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, 54 (1), 225-254, s. 234.

¹⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 420. ; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 601.

Haksız tahrikin varlığı için aranan tahrik edici fiilin, hukuka aykırı olması şarttır. (Devrim Aydın, “Haksız Tahrik Kurumuna İlişkin Bazı Sorunlar”, Terazi Hukuk Dergisi, 2020, 15 (162), 236-247, s. 240.)

¹⁷ Çalışmada yer verilen Yargıtay kararları, Yargıtay’ın karar arama sitesi olan “<https://karararama.yargitay.gov.tr/>” bağlantılı internet sitesinden alınmıştır.

¹⁸ “Taraflar arasında, dedelerinden kalan ve sanığın annesine miras olarak düşen tarlada bulunan ağacın, katılan tarafından satın alındığı, sanığın, o ağacı katılıandan istediği, katılanın da parasını ver vereyim dediği olayda, katılan tarafından sanığa yöneltilmiş haksız tahrik teşkil edebilecek herhangi bir eylemin bulunmadığı, Dairemizin yerleşik içtihatları kapsamında taraflar arasında hukuki ihtilafa konu olan hususların, 5237 sayılı TCK’nin 29. maddesi kapsamında haksız tahrik olarak değerlendirilemeyeceğinin kabul edildiği gözetilmeyerek, sanık hakkında 5237 sayılı TCK’nin 81/1 ve 35/2. maddelerine göre belirlenen 12 yıl hapis cezası üzerinden, aynı Kanun’un 29. maddesi uyarınca (1/4) oranında haksız tahrik indirimi uygulanmak suretiyle sanık hakkında eksik ceza tayini ... bozmayı gerektirmiştir” (Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 2020/4909 E., 2021/8489 K., 20.05.2021.)

“Sadece hukuki ihtilafların tahrik nedeni olmadığı gibi, mağdurdan kaynaklanan ve haksız tahrik nedeni olabilecek herhangi bir söz veya davranış olmadığı halde, yazılı biçimde TCK’nin 29. maddesinin uygulanması, aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.” (Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 2020/1312 E., 2020/2511 K., 26.10.2020.)

“Olay günü ve öncesinde maktulden sanığa yönelen ve haksız tahrik oluşturan herhangi bir söz veya davranış olmadığı, taraflar arasındaki uyumsuzlukların hukuki ihtilaf seviyesinde kaldığı, mağdurun sanık için çekmiş olduğu krediye teminat olarak devraldığı evi tekrar sanığa devretmeye yanaşmaması şeklindeki eyleminin sanık lehine haksız tahrik hükmünün uygulanmasını gerektirmeyeceği anlaşıldığı halde, TCK’nun 29. maddesinin uygulanması suretiyle eksik ceza tayini ... bozmayı gerektirmiştir” (Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 2018/290 E., 2018/1646 K., 09.04.2018.)

“Tasarlayarak kasten öldürme suçundan kurulan hükümde; oluşa ve dosya kapsamına göre;

şahsın borcunu ödemeyi geciktirmesi veya borcunu inkar etmesi üzerine, alacaklı ve borçlu arasında, alacak-borç ilişkisinden kaynaklanan bir hukuki ihtilaf doğmaktadır. Yargıtay, borçlunun borcunu ödememesi suretiyle alacaklı ve borçlu arasında çıkan anlaşmazlığı, hukuki ihtilaf mahiyetinde bir anlaşmazlık olarak kabul etmekte olup¹⁹; Yargıtay'ın birçok kararında, alacak-

maktulle sanığın babası ... arasında, maktule ait arsaya konut inşaatı yapılması nedeniyle hukuki uyumsuzlıklardan kaynaklanan çekişmeler bulunduğu, bu minvalde; 24/10/2007 günü taraflar arasında bu sebeplerle yaşanan tartışma sırasında, herhangi bir fiili müdahaleye maruz kalmayan ...'ın kalp krizi geçirdiği, kalbi durmuş bir şekilde hastaneye getirildiği, hastanede beş ay süre ile gördüğü tedavinin ardından, 27/03/2008 tarihinde taburcu edildiği, ancak 23/06/2008 tarihinde akciğer rahatsızlığı nedeniyle yeniden hastaneye yatırıldığı ve 28/10/2008 günü, kalp krizi sonrasında gelişen komplikasyonlar nedeniyle öldüğü, bunun üzerine sanığın, babasının ölümünden sorumlu tuttuğu maktulü yapmış olduğu plan uyarınca öldürdüğü olayda, 24/10/2007 günü ve öncesinde maktulden sanığa ve babasına yönelen ve haksız tahrik oluşturan herhangi bir söz veya davranış olmadığı, taraflar arasındaki uyumsuzlukların hukuki ihtilaf seviyesinde kaldığı, sanığın, babasının ölümünde herhangi bir kusuru bulunmayan maktulü sorumlu tutmasının lehine haksız tahrik hükmünün uygulanmasını gerektirmeyeceği anlaşıldığı halde, TCK'nun 29. maddesinin uygulanması suretiyle eksik ceza tayini ... bozmayı gerektirmiş" (Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 2016/290 E., 2017/2227 K., 12.06.2017.)

"Oluşa ve dosya içeriğine göre; maktul Serap ve kardeşlerinin hisse sahibi oldukları araziye müteahhit olan sanık Mehmet'e vererek kat karşılığı inşaat sözleşmesi yaptıkları, olay tarihinden önce sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi gerekçesiyle aralarında hukuki uyumsuzluklar yaşandığı, hukuki nitelikteki bu uyumsuzluğun tahrik nedeni kabul edilemeyeceği ancak, maktulün olay tarihinden önce ve olay günü sanığa hakaret ettiği, haksız tahrik niteliğindeki bu davranışlar nedeniyle, sanığın maktulü av tüfeğiyle vurarak öldürdüğü olayda; maktulden kaynaklanan haksız eylemin niteliği göz önüne alınarak, haksız tahrikten dolayı 12 ila 18 yıl arasında hapis cezası öngören TCK'nun 29. maddesi uyarınca uygulama yapıldığı sırada, üst sınıra yakın makul bir indirim yapılması gerekirken, 15 yıl hapis cezasına hükmedilerek eksik ceza tayini, bozmayı gerektirmiş" (Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 2009/9467 E., 2011/4134 K., 28.06.2011.)

¹⁹ "Sanıkların olay tarihinde peşin para ile hayvan alacaklarını bahane ederek katılanın köyüne gittikleri, pazarlık yaparak toplam dört adet büyükbaş hayvanı 18.500 TL'ye satın aldıkları, 4500.TL'yi peşin kalanını da 20.10.2011 tarihinde sanık ...'in ödeyeceğini söyleyerek ikna ettikleri, sanıkların hayvanları satmasına rağmen katılanın kalan borcunu ödemedikleri, bu surette üzerlerine atılı suçu işledikleri iddia olunan olayda, sanıkların katılana yönelik iradesini sakatlayacak, denetim imkanını ortadan kaldıracak şekilde hileli bir davranışlarının bulunmadığı, sanıkların katılana söylediği iddia edilen sözlerin hile boyutuna ulaşmayan basit yalan niteliğinde olduğu, sanıklar ile katılan arasındaki anlaşmazlığın hukuki ihtilaf mahiyetinde olduğu anlaşılmalıdır; sanıkların yasal unsurları itibarıyla oluşmayan atılı suçtan beraatleri yerine oluşa ve dosya kapsamına uygun olmayan yetersiz gerekçeyle yazılı şekilde mahkumiyetlerine hükmedilmesi ... yasaya aykırı" (Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 2021/13587 E., 2021/14079 K., 29.12.2021.)

"Sanığın yurt dışından zayıflama hapları getirip, satmak istediği için sanıktan toplamda 450 bin TL borç para aldığını, borcunu 600 bin TL olarak faizi ile birlikte ödemediğini, borç para alırken katılana boş teminat seneti verdiğini, borcunu ödemesine rağmen katılanın 15 bin TL daha borcu olduğunu söyleyerek seneti geri vermediğini, daha sonra seneti 600 bin TL olarak doldurup, hakkında icra takibi başlattığını, katılıandan inşaat yapacağını söyleyerek

borç meselesinden kaynaklı hukuki ihtilafın haksız tahrik nedeni olamayacağı belirtilmiştir²⁰.

para almadığı yönündeki inkara dayalı savunması, katılanın ise sanıkla beraber kurdukları gayrimenkul şirketi kapsamında inşaat işi yapacaklarından bahisle 550 bin TL'yi sanığa verdiğini beyan etmesine rağmen sanığı ve ailesini tanıdığı için sanığa parayı verirken herhangi bir sözleşme yapmadıkları yönündeki beyanı, tanık anlatımı, Kadıköy 2. İcra Müdürlüğü'nün 2011/2286 Esas sayılı dosyası ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde sanığın katılana yönelik iradesini sakatlayacak, denetim imkanını ortadan kaldıracak şekilde hileli bir davranışının bulunmadığı, sanık ile katılan arasındaki anlaşmazlığın hukuki ihtilaf mahiyetinde olduğu anlaşılmakla; sanığın yasal unsurları itibarıyla oluşmayan atılı suçtan beraati yerine oluşa ve dosya kapsamına uygun olmayan yetersiz gerekçeyle mahkumiyetine hükmedilmesi, yasaya aykırın" (Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 2021/22883 E., 2021/9381 K., 27.10.2021.)

"Müştekinin şikayetinde; şüphelilerden ...'nın kereste almak için dükkana gelerek senet karşılığı kereste aldığını, kendisini kardeşi ... olarak tanıttığı gibi senedi de "Ege Dekor Mobilya-dekorasyon- İnşaat ..." kaşesi ile imzaladığı, sonra protesto çekilmesine rağmen senetleri zamanında ödemediği ve icra takibi yapsa dahi imzaya itiraz edecekleri için sonuç alamayacağını belirterek şikayetçi olduğu olayda; şüpheli ...'nin de, diğer şüpheli ...'in de söz konusu imzanın ...'ye ait olduğunu; müştekinin her ikisini de tanıdıklarını, verilen senetlerin bir kısmını ödedikleri halde bir kısmını maddi durumlarının bozulmasından dolayı ödememelelerinden dolayı müştekinin şikayet ettiğini belirttikleri, dolayısıyla borcun kabul edilmesi ve imzanın ... tarafından atıldığını ve senetlerin ... tarafından düzenlendiğini her iki şüphelinin de belirtmesi karşısında; eylemin hukuki ihtilaf arzettiği dosya kapsamındaki tüm delillerden anlaşılmakla" (Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 2021/35007 E., 2021/9105 K., 25.10.2021.)

"Katılan ile sanıkların aynı semtte oturmaları nedeniyle yakın ilişki kurdukları, bu esnada sanık ...'nin katılana ailesinin işlerinin çok bozulduğunu, çocuklarının iflas edeceklerini, bunalıma girdiklerini belirterek on gün sonra iade edilmek üzere katılandan borç para istediği, katılanın da sanıkların zor durumda olduklarına inanarak isteği kabul ettiği ve suç tarihinde sanıklarla birlikte ... Şubesi'ne giderek hesabında bulunan 200.000.TL'yi çekerek sanıklara elden teslim ettiği, daha sonra sanık ...'un katılandan aldığı parayı ortağı bulunduğu şirket hesabına yatırdığı, katılan tarafından söz konusu paranın iadesi istenilmesine rağmen sanıklar tarafından paranın alındığının inkar edildiği, bu surette sanıkların iştirak halinde dolandırıcılık suçunu işledikleri iddia ve kabul olunan somut olayda; sanıkların aşamalarındaki inkara yönelik savunmaları, katılan beyanı, tanık anlatımları ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde, sanıkların katılana yönelik iradesini sakatlayacak, denetim imkanını ortadan kaldıracak şekilde hileli bir davranışlarının bulunmadığı, sanıkların katılana söylediği iddia edilen sözlerin hile boyutuna ulaşmayan basit yalan niteliğinde olduğu, sanıklar ile katılan arasındaki anlaşmazlığın hukuki ihtilaf mahiyetinde kaldığı anlaşılmakla; sanıkların yasal unsurları itibarıyla oluşmayan atılı suçtan beraatleri yerine oluşa ve dosya kapsamına uygun olmayan yetersiz gerekçeyle mahkumiyetlerine hükümlenmesi, yasaya aykırın" (Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 2021/15401 E., 2021/8076 K., 07.10.2021.)

²⁰ "Alacak meselesinden kaynaklı hukuki ihtilafın haksız tahrik nedeni olamayacağı gözetilmeyerek, sanığın eylemini tahrik altında kalarak işlediği gerekçesiyle 5237 sayılı TCK'nin 29. maddesi uyarınca haksız tahrik indirimi yapılarak sanık hakkında eksik ceza tayini ... bozmayı gerektirmiştir" (Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 2020/17786 E., 2021/2369 K., 28.01.2021.) "Tarafklar arasındaki alacak meselesinden kaynaklı hukuki ihtilafın haksız tahrik nedeni olmayacağı ve dosya içeriğine göre suç tarihinde bu nedenle çıkan tartışmanın kavgaya dönüştüğü olayda ilk haksız hareketin suçtan geldiği anlaşılmakla, mahkemenin haksız tahrik

Yargıtay 3. Ceza Dairesi, restoranda yemek yedikten sonra hesabı ödemeyen şahsa karşı restoranda çalışan garsonun kasten yaralama suçunu işlediği olayda; hesabın ödenmemesi dolayısıyla alacak-borç meselesinden kaynaklı bir hukuki ihtilaf doğduğunu ve bu hukuki ihtilafın haksız tahrik nedeni teşkil etmeyeceğini ifade etmiştir²¹. Dolayısıyla Yargıtay Ceza Dairesi, kasten yaralama suçunun mağduru olan kişinin hesabı ödememe şeklindeki fiilinin, ona karşı hesabı ödememesi nedeniyle suç işleyen fail bakımından haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını gerektirecek bir haksız fiil olmadığını kabul etmiştir. Yargıtay 3. Ceza Dairesi, suç teşkil eden fiilini ‘alacağını alamamaktan kaynaklı tahrik altında kalarak işlediği’ gerekçesiyle sanık hakkında haksız tahrik indirimini uygulanmasını, bozma nedeni olarak değerlendirmektedir²². Yargıtay’ın söz konusu kararlarına göre;

hükümlerini uygulamamasında bir isabetsizlik görülmediğinden tebliğnamenin bu yöndeki bozma görüşüne iştirak edilmemiştir.” (Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 2020/14976 E., 2020/20036 K., 23.12.2020.)

“Sanık ile mağdur arasındaki tartışmanın aralarındaki alacak borç ilişkisinden kaynaklanan hukuki ihtilaf mahiyetinde olduğu anlaşılacakla, koşulları oluşmamasına rağmen cezasından haksız tahrik nedeniyle indirim yapılması suretiyle eksik cezaya hükmolunması ... bozmayı gerektirmiş” (Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 2019/1615 E., 2019/3119 K., 17.06.2019.)

Aynı yönde kararlar için bakınız:

Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 2021/760 E., 2021/1963 K., 22.02.2021.

Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 2020/15718 E., 2020/19941 K., 22.12.2020.

Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 2020/9894 E., 2020/14415 K., 22.10.2020.

Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 2017/25285 E., 2019/9624 K., 08.07.2019.

Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 2017/4981 E., 2019/3743 K., 18.03.2019.

²¹ “Mahkemece, sanığın garson olarak çalıştığı restoranda katılanın hesabı ödememesi şeklindeki eylemin sanık lehine haksız tahrik nedeni teşkil ettiğinin kabulü ile sanık hakkında TCK’nin 29. maddesi gereği 1/4 oranında haksız tahrik indirimini uygulandığının anlaşılması karşısında, alacak borç meselesinden kaynaklı hukuki ihtilafın haksız tahrik nedeni teşkil etmeyeceğinin gözetilmemesi suretiyle sanık hakkında eksik ceza tayini ... bozmayı gerektirmiş” (Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 2020/15969 E., 2021/1685 K., 21.01.2021.)

²² “Sanık hakkında kasten yaralama suçundan kurulan hükümde alacak borç meselesinden kaynaklı hukuki ihtilafın haksız tahrik nedeni olamayacağı gözetilmeyerek, sanığın eylemini katılardan olan alacağını alamamaktan kaynaklı tahrik altında kalarak işlediği gerekçesiyle 5237 sayılı TCK’nin 29. maddesi gereği haksız tahrik indirimini yapılmak suretiyle eksik cezaya hükmolunması ... bozmayı gerektirmiş” (Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 2020/13990 E., 2020/19383 K., 17.12.2020.)

“Sanıklar hakkında kasten yaralama suçundan kurulan hükümlerde alacak borç meselesinden kaynaklı hukuki ihtilafın haksız tahrik nedeni olamayacağı gözetilmeyerek, sanıkların eylemlerini mağdurdan olan alacaklarını alamamaktan kaynaklı tahrik altında kalarak işlediği gerekçesiyle 5237 sayılı TCK’nin 29. maddesi gereği haksız tahrik indirimini yapılmak suretiyle eksik cezalara hükmolunması” (Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 2020/12411 E., 2020/16638 K., 18.11.2020.)

kişinin alacağını alamaması tahrik nedeni oluşturmazken, borçlunun borcunu ödememesi, bunun etkisiyle alacaklının işlediği suç bakımından haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını gerektirecek haksız bir fiil olarak kabul edilemez.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 17.01.2019 tarihli ve 2015/1219 Esas, 2019/13 Karar sayılı kararında da, sadece hukuki ilişkiye dayalı bir alacağın doğmasının ya da bir borcun ödenmemesinin tek başına haksız tahrik sebebi oluşturmayacağı, Yargıtay Ceza Dairelerinin ve Ceza Genel Kurulu'nun yerleşik içtihatlarının da bu yönde olduğu belirtilmiştir²³. Yargıtay, borçlunun borcunu ödememekten ibaret eyleminin hukuki ihtilaf oluşturacağını, haksız tahrik kapsamında değerlendirilemeyeceğini ifade etmekte olup²⁴; ücret alacağı

²³ “Sanıklara ait iş yerinden farklı zamanlarda gizlice kontör kartı alan mağdurun bu eyleminden dolayı sanıkların hukuki alacaklarının oluştuğu, bu hukuki alaktan dolayı sanıkların TCK'nın 150. maddesinin 1. fıkrasındaki özel düzenleme dolayısıyla nitelikli yağma suçuna teşebbüsten değil kasten yaralama ve tehdit suçlarından cezalandırıldıkları, mağdurdan kaynaklanan haksız fiillerin bulunması hâlinde TCK'nın 29. maddesinde düzenlenen haksız tahrik hükümlerinin uygulanabileceği, sadece hukuki ilişkiye dayalı bir alacağın doğmasının ya da bir borcun ödenmemesinin tek başına haksız tahrik sebebi oluşturmayacağı, Yargıtay Özel Dairelerinin ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun yerleşik içtihatlarının da bu yönde olduğu, ancak hukuki alacağı neden olmuşa bu durumda haksız tahrik hükümlerinin uygulanabileceği göz önünde bulundurulduğunda, sanıkların hukuki alacaklarının temelini oluşturan mağdurun süregelen zincirleme şekilde hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma eylemlerinin haksız fiil niteliğinde olması ve olay günü mağdurun kontör çalarken suç üstü hâlinde yakalanması karşısında, mağdurun haksız fiilinin sanıkların hukuki alacaklarının temelini oluşturduğunun ve sanıkların, mağdurdan kaynaklanan bu haksız fiilin hiddeti ile hareket ederek hukuki alacağın tahsili amacıyla kasten yaralama ve tehdit suçlarını işlediklerinin kabulü gerekmektedir. Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulüne, Özel Daire onama kararının kaldırılmasına, Yerel Mahkeme hükmünün TCK'nın 29. maddesinin uygulanmaması isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmelidir.” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2015/1219 E., 2019/13 K., 17.01.2019.)

Söz konusu karara ilişkin çoğunluk görüşüne katılmayan Ceza Genel Kurulu Üyesi, şu gerekçelerle karşı oy kullanmıştır: “Hukuki ilişki nedeniyle nitelikli yağma (TCK 149/1-c ve d kapsamında iken) yasal olarak yağmanın daha az cezayı gerektiren hali olan TCK 150/1 maddesi kapsamındaki suçta dönüşmüştür. Ceza Genel Kurulunun çoğunluk görüşü nedeniyle sanıkların cezası hukuki ilişki nedeniyle iki kez indirilecektir. Yağma suçları haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına elverişli olmayan suç tipidir. Hukuki ilişki nedeniyle nitelikli yağma suçu daha az cezayı gerektiren TCK 150/1. madde gereğince sanıkların cezası tehdit ve yaralama nedeniyle daha az alacakları ceza haksız tahrik nedeniyle indirilemeyecektir.”

Çoğunluk görüşüne katılmayan altı Ceza Genel Kurulu Üyesi de, benzer düşüncelerle karşı oy kullanmışlardır.

²⁴ “Mağdurun borcunu ödememekten ibaret eyleminin hukuki ihtilaf olduğu, haksız tahrik kapsamında değerlendirilemeyeceğinin gözetilmemesi” (Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 2018/11682 E., 2019/7353 K., 04.04.2019.)

“Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun ve özel dairelerin duraksamasız biçimde sürdürülen uygulamalarına göre, hukuki ihtilafların suç işlemede tahrik nedeni kabul edilmeyeceği benimsenmiştir. ... Hukuki ihtilaf dışında maktulden sanığa yönelik haksız söz ve fiilinin bu-

nedeniyle ortaya çıkan alacak-borç ilişkisinin de hukuki ihtilaf niteliğinde olduğunu ve haksız tahrik nedeni olamayacağını kabul etmektedir²⁵. Yargıtay’a göre, alacağını uzun süre boyunca alamamaktan kaynaklanan hiddetin etkisiyle suç işlenmesi durumunda, haksız tahrik hükümleri uygulanamayacak olup; haksız tahrikin kabul edilebilmesi için, haksız tahrik oluşturacak başkaca herhangi bir söz veya eylem bulunması gerekmektedir²⁶.

lunmadığı açıktır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’nın; ‘Sanığın, maktulden olan alacağını istemesine rağmen, maktulün kendisini yaklaşık 2 yıl boyunca oyaladığı ... sanığın maddi sıkıntıya düştüğü dikkate alındığında, haksız tahrik hükümlerinin sanık yararına uygulanması gerektiği’ biçimindeki bozma öneren düşüncesinin TCK’nun 29. maddesi anlamında haksız bir fiil teşkil etmemektedir. Sanığın alacağı kambiyo senedine bağlıdır. Alacağını icra kanalıyla kovalaması mümkündür. Aksi halde her alacak sorunu, bu tür bir suçun işlenmesine gerekecek teşkil edecektir. Hukuki ihtilafların, haksız tahrik teşkil etmediği vurgulanmış idi. Bu sebeple; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının, bozma öneren düşüncesi azınlık tarafından benimsenmemiştir.’ (Yargıtay 1. Ceza Dairesi’nin 28.02.2013 tarihli ve 2012/5877 Esas, 2013/1588 Karar sayılı bozma kararına katılmayan daire üyelerinin karşı oy yazısından)

Sanıkların, mağduru, borcunu ödemesini sağlamak amacıyla zorla araca bindirerek hürriyetinden yoksun bırakmaları şeklinde gelişen bir olaya ilişkin olarak, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan dolayı yargılama yapan ilk derece mahkemesi, borç ödenmemesinin hukuki ihtilaf niteliğinde olması sebebiyle bunun haksız tahrik nedeni teşkil etmeyeceğinden, TCK’nın 29. maddesinin uygulanması yoluna gitmemiştir. Yargıtay 14. Ceza Dairesi de, 22.04.2014 tarihli ve 2012/8044 Esas, 2014/5454 Karar sayılı kararı ile ilk derece mahkemesi hükmünün onanmasına oyçokluğuyla karar vermiştir. Onama kararına ilişkin çoğunluk görüşüne katılmayan daire üyesi karşı oy yazısında, şu gerekçelerle, sanıklar hakkında TCK’nın 29. maddesinin uygulanma şartlarının oluştuğunu belirtmiştir: “Sanıkların hukuki ihtilaf olarak nitelenen alacağını alamamaktan kaynaklanan bir tepki ile eylemi gerçekleştirmeleri haksız tahrik nedenidir. Zira TCK’nın 150. maddesinde hukuki bir alacağın tahsili amacıyla tehdit ve cebir kullanılması halinde yağma suçunun oluşmayacağı, ancak tehdit ve yaralama suçunun oluşacağı kabul edilmektedir. Bu düzenleme karşısında, hukuki alacağın tahsili için yapılması halinde, yağma suçu dahi vasıf değiştirirken, bu amaçla işlenen hürriyetten yoksun kılma suçunda haksız tahrik hükümlerinin uygulama şartlarının oluşmayacağını kabul etmek kendi içinde tutarlı olmaz. Bu nedenle somut dosyamızda da eylem, hukuki alacağın tahsili amacıyla gerçekleştirildiğinden, haksız tahrik hükümlerinin uygulanma şartları oluşmuştur ve uygulanmalıdır.”

²⁵ “Sanık ile katılanın abisi arasında ödünç mal verilmesi ve katılan ile sanık arasında da ücret alacağı nedeniyle alacak borç ilişkisi bulunduğu, alacak borç meselesinden kaynaklı hukuki ihtilafın haksız tahrik nedeni olamayacağı gözetilmeyerek, TCK’nın 29. maddesi gereği haksız tahrik indirimi yapılmak suretiyle eksik ceza tayini ... bozmayı gerektirmiş” (Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 2018/10942 E., 2019/4373 K., 04.03.2019.)

²⁶ “Alacak borç meselesinden kaynaklı hukuki ihtilafın haksız tahrik nedeni olamayacağı, katılan ...’dan kaynaklanan ve sanığa yönelen haksız tahrik oluşturacak başkaca herhangi bir söz veya eylem de bulunmadığı halde, mahkemece “sanığın ...’dan alacağı olması ve uzun süre parasını alamamasının sanıkta yarattığı hiddet ve eylemin etkisiyle hareket ettiği” şeklindeki kabul ile sanık lehine TCK’nın 29. maddesi uyarınca (1/4) oranında haksız tahrik indirimi uygulanması suretiyle eksik ceza tayini” (Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 2020/350 E., 2020/19286 K., 16.12.2020.)

“Oluşa ve dosya içeriğine göre; alacak borç meselesinden kaynaklı hukuki ihtilafın haksız

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 19.01.2016 tarihli ve 2015/203 Esas, 2016/2 Karar sayılı kararında; salt borcu ödeyememenin haksız tahrik oluşturan bir fiil olarak kabulünün mümkün olmadığını belirtmiş, buna karşılık, ödeme gücü bulunduğu hâlde sırf kendi menfaati yahut alacaklıyı zor durumda bırakmak için borcun keyfi biçimde ödenmemesinin, alacaklıdan mal kaçırılmasının, gerçeğe aykırı beyan veya vaatlerde bulunulmasının, borcun istenmesi sırasında alaya alma, hakaret etme gibi davranışlar gerçekleştirilmesinin, haksız tahriki oluşturan fiiller olarak kabul edilebileceğini ifade etmiştir. Ceza Genel Kurulu'na göre, borçlunun borcuna karşılık senet vermesi, borcu inkar etmemesi, ekonomik sıkıntıları nedeniyle ödeyemediğini ancak ödemek istediğini söylemesi göz önüne alındığında, borçlunun alacaklıya karşı haksız bir fiili bulunmadığından, alacaklının alacağını alamamaktan dolayı duyduğu öfkeyle borçluya karşı suç işlemesi hâlinde, alacaklı hakkında haksız tahrik hükümleri uygulanamayacaktır²⁷.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 11.02.2020 tarihli ve 2017/868 Esas, 2020/87 Karar sayılı kararına konu teşkil eden olayda; haksız yere işten çıkarıldığını ve işten çıkarılırken tazminat ve alacaklarının ödenmediğini, bu

tahrik nedeni olamayacağı, mağdurdan kaynaklanan ve sanığa yönelen haksız tahrik oluşturacak başkaca herhangi bir söz veya eylem de bulunmadığı halde, mahkemece "eylemini alacağını alamaması ve mağdurun kendisini oyaladığı gerekçesiyle gerçekleştirdiğinden" şeklindeki kabul ile sanık lehine TCK'nin 29. maddesi kapsamında haksız tahrik hükümlerinin uygulanması suretiyle eksik ceza tayini ... bozmayı gerektirmiş" (Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 2020/10301 E., 2020/14987 K., 28.10.2020.)

"Alacak borç meselesinden kaynaklı hukuki ihtilafın haksız tahrik nedeni olamayacağı, müşteriden kaynaklanan ve sanığa yönelen haksız tahrik oluşturacak başkaca herhangi bir söz veya eylem de bulunmadığı anlaşıldığından tebliğnamenin bu husustaki bozma talepli görüşüne iştirak edilmemiştir." (Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 2020/13050 E., 2020/17597 K., 30.11.2020.)

²⁷ "Her ne kadar katılanın sanığa borcunu ödememesinin haksız tahrik oluşturabileceği söylenebilir ise de; ödeme gücü bulunduğu halde sırf kendi menfaati yahut alacaklıyı zor durumda bırakmak için borcun keyfi biçimde ödenmemesi, alacaklıdan mal kaçırılması, gerçeğe aykırı beyan veya vaadlerde bulunulması, borcun istenmesi sırasında alaya alma, hakaret etme gibi davranışların haksız tahriki oluşturan bir fiil olarak kabulü mümkün olmakla birlikte, salt borcu ödeyememenin haksız tahrik oluşturan bir fiil olarak kabulü mümkün değildir. Borcuna karşılık senet veren, borcu inkar etmeyen, ekonomik sıkıntıları nedeniyle ödeyemediğini ancak ödemek istediğini söyleyen katılanın sanığa yönelik tahrik oluşturabilecek başkaca bir davranışının bulunmadığı anlaşıldığından sanık Yakıp yönünden de haksız tahrik hükümlerinin uygulanma şartları gerçekleşmemiştir." (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2015/203 E., 2016/2 K., 19.01.2016.)

Bu uyumsuzluk konusuna ilişkin olarak çoğunluk görüşüne katılmayan yirmi bir Genel Kurul Üyesi; "sanıklar hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanma şartları gerçekleştiğinden itirazın isabetli olduğu" yönünde oy kullanmışlardır.

nedenle de alacaklı olduğunu iddia eden şahıs, alacağını tahsil edememesi üzerine borçlu olduğunu öne sürdüğü şahsa hakaret etmiş ve bu fiili dolayısıyla hakaret suçundan yargılanmıştır. İlk derece mahkemesi tarafından, sanık hakkında, TCK'nın 129. maddesinin birinci fıkrası²⁸ ve CMK'nın 223. maddesinin dördüncü fıkrasının c bendi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir. Hükmün katılan tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 18. Ceza Dairesi'nce; *“Katılanın sanığa karşı herhangi bir haksız fiilinin olmaması karşısında, sırf hukuki alacağın tahsil edilmemesinin başlı başına haksız tahrik nedeni olmadığı gözetilmeden sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi”* isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmiştir²⁹. Bozma kararı üzerine ilk derece mahkemesi; *“ taraflar arasında alacak-borç uyumsuzluğu bulunduğu, sanığın telefonla ilk aramasına cevap veren müştekinin, bu konuşma sırasında sanığın iddialarını inkar ettiği, sanığın konuşması devam ederken telefonu sanığın yüzüne kapattığı, sanığın konuşmasını sürdürürebilmek için müştekiyi defalarca aradığı sabittir. Kendi savunmasına göre hak ve alacağı ödenmeyen, yaptığı telefon konuşması sırasında konuşmanın sonlanması beklenmeden telefon yüzüne kapatılan ve konuşmanın devamı için yaptığı ısrarlı aramalara cevap alamayan sanığın, bu durumdan kaynaklanan kızgınlıkla dava konusu mesajları çektiği de sabittir. Sanığın içinde bulunduğu ruh hâli, çektiği mesajlara da yansımıştır. Müştekinin, sanık ile arasındaki sorunu medeni şekilde konuşmak yerine, telefonu sanığın yüzüne kapatmak şeklindeki eylemi haksız nitelikte bir hareket olup, sanık da atılı suçu bu harekete tepki olarak işlemiştir. Açıklanan bu duruma göre, sanık hakkında TCK'nın 129/1. maddesinin uygulanması gerekmektedir.”* şeklindeki gerekçeyle, bozma kararına direnerek sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar vermiştir. Direnme kararına konu bu hükmün de katılan tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya kendisine gelen Yargıtay Ceza Genel Kurulu, sanığın işlediği sabit olan hakaret eyleminde TCK'nın 129. maddesinin ilk fıkrasındaki özel haksız tahrik hükümlerinin uygulanma koşullarının oluşup oluşmadığına ilişkin olarak şu değerlendirmelerde bulunmuştur: *“Her ne kadar katılanın, sanığa işçi-işveren ilişkisinden doğan veya işe başlarken teminat olarak alındığı iddia edilen senetle alakalı bazı hak ve alacaklarını ödememesinin haksız tahrik oluşturabileceği düşünülebilir ise de, ödeme gücü*

²⁸ TCK'nın 129. maddesinin birinci fıkrası şu şekildedir: “Hakaret suçunun haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir.”

²⁹ Yargıtay 18. Ceza Dairesi, 2015/4751 E., 2015/5067 K., 10.09.2015.

bulunduğu hâlde sırf kendi menfaati yahut alacaklıyı zor durumda bırakmak ya da zarara sokmak için borcun keyfi biçimde ödenmemesi, alacaklıdan mal kaçırılması, gerçeğe aykırı beyan veya vaatlerde bulunulması, borcun istenmesi sırasında alaya alma gibi davranışların haksız tahriki oluşturan bir fiil olarak kabulünün mümkün olduğu, taraflar arasında alacağın kaynağına ve işten çıkarmaya dair hukuki ihtilaf bulunduğu gözetildiğinde salt bu borcun ödenmemesinin hakaret suçunda özel haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını gerektiren bir haksız fiil olarak kabulünün mümkün olmadığı, bunun yanı sıra iki kişinin karşılıklı konuşması esnasında taraflardan birinin diğeriyle konuşmak istememesi üzerine telefonu kapatmasının da haksız tahrik oluşturan bir fiil olarak kabulünün mümkün olmadığı anlaşıldığından, TCK'nın 129. maddesinin ilk fıkrasındaki özel haksız tahrik hükümlerinin uygulanma koşullarının oluşmadığı kabul edilmelidir.” Ceza Genel Kurulu, bu gerekçelerle, ilk derece mahkemesinin direnme kararına konu hükmünün isabetli olmadığına karar vermiştir. Görüldüğü üzere, bu kararında da Yargıtay Ceza Genel Kurulu, borçlunun, ödeme gücü bulunduğu hâlde kendi menfaati için veya alacaklıyı zor durumda bırakmak ya da zarara sokmak için borcunu keyfi biçimde ödememesini, alacaklıdan mal kaçırmasını, gerçeğe aykırı beyan veya vaatlerde bulunmasını, borcun istenmesi sırasında alaya alma gibi davranışlarda bulunmasını haksız tahriki oluşturacak haksız fiiller olarak kabul etmişken; salt işçi-işveren ilişkisinden kaynaklanan borcun ödenmemesinin, haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını gerektiren bir haksız fiil olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir.

Doktrinde de, borçlunun borcunu ödememesinin, hukuki bir uyumsuzluk niteliğinde olup, tek başına haksız tahrik kabul edilemeyeceği³⁰; ancak, borçlunun bu konuyla ilgili hareketleri alacaklıyı bıktırılmış, incitmiş veya küçük düşürmüş ise, haksız tahrikin söz konusu olabileceği³¹, bunun yanında, sözleşmenin gereğinin yerine getirilmemesinin de, haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını gerektiren bir haksız fiil olarak kabul edilebileceği³² ifade edilmektedir.

³⁰ Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, Pratik Türk Ceza Kanunu, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 129.

³¹ Dönmez, s. 281.

³² Zeynel T. Kangal, “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010, 14 (3-4), 19-68, s. 41.

“Örneğin, taahhüt ettiği inşaat malzemelerini zamanında teslim etmeyen kişiye karşı, inşaatın müteahhidi, konutları zamanında teslim edemediği için cezaî şart ödemek zorunda kalmasından dolayı bir suç işlerse, haksız tahrikten yararlanır.” (Kangal, s. 41.)

Yargıtay kararlarında, salt borcun ödenmemesinin, haksız tahrik oluşturan bir haksız fiil olarak kabul edilmediği görülmekle birlikte; Yargıtay'ın, borçlunun borcunu ödemeyip alacaklıyı oyalamasını, haksız tahrik bağlamında değerlendirilmesi gereken bir fiil olarak kabul ettiği kararları da bulunmaktadır. Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 18.02.2015 tarihli ve 2013/8281 Esas, 2015/20820 Karar sayılı kararında; borçlunun, vadesi gelmesine rağmen borcunu ödemeyip, alacaklıyı borcu ödememek için çeşitli bahanelerle oyalamasının, haksız tahrik bağlamında değerlendirilmesi ve bu çerçevede, alacaklının borçluya karşı işlediği tehdit suçu bakımından, alacaklı lehine haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılması gerektiğini belirtmiştir³³. Bir diğer kararında da Yargıtay 4. Ceza Dairesi, vadesi üzerinden beş yıl geçmesine rağmen borcunu ısrarla ödemeyip alacaklı şahsı sürekli oyalayan borçluya karşı alacaklının işlediği tehdit ve hakaret suçları yönünden haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağını tartışılmamasını kanuna aykırı bulmuştur³⁴.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 04.07.2017 tarihli ve 2017/656 Esas, 2017/360 Karar sayılı kararında; borçlunun, borcunu daha sonra ödeyeceğini söyleyerek alacaklıları sürekli oyalayıp telefonlarını açmaması, ticari işlerinde bir şirketi paravan olarak kullanarak sorumluluktan kurtulma çabası içinde olması, borcunu kasti şekilde ödememe iradesini ortaya koyan davranışlarda bulunması şeklindeki fiillerinin, ona karşı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işleyen alacaklılar lehine haksız tahrik hükmünün uygulanmasını gerektiren haksız fiiller niteliğinde olduğunu kabul etmiştir³⁵. Ceza Genel

³³ Söz konusu kararında, Yargıtay 4. Ceza Dairesi, tehdit suçundan dolayı mahkûmiyetine karar verilen sanığın, aşamalarda, mağdurun, kendisinden 2009 yılı içerisinde 8000 TL borç aldığını, vadesi gelmesine rağmen ödemediğini, birçok kez bu sebeple yanına gittiğinde de borcu ödememek için çeşitli bahanelerle oyaladığını savunması ve mağdurun da aralarındaki borç ilişkisini doğrulaması karşısında, olayın çıkış nedeni ve gelişmesi değerlendirilerek sonucuna göre TCK'nın 29. maddesinde düzenlenen haksız tahrik hükmünün uygulanıp uygulanmayacağını tartışılmamasını yasaya aykırı bularak bozma nedeni olarak değerlendirmiştir. (Karar için bakınız: Timur Demirbaş, Haksız Tahrik, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 190.)

³⁴ “Sanığın aşamalarda, katılanın kendisine olan borcunu 5 yıldır ısrarla ödemediğini, kendisini sürekli oyaladığını savunması, katılanın da sanığa olan borcunu uzun süre ödeyemediğini kabul etmesi karşısında, tehdit suçu yönünden TCK'nın 29, hakaret suçu yönünden ise anılan Kanunun 129. maddelerinde düzenlenen haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağını tartışılmaması, kanuna aykırı” (Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 2013/13054 E., 2015/27287 K., 17.04.2015.)

³⁵ “Sanıklara borçlu olduğu anlaşılan mağdur ...'ın, alacaklarını tahsil etmek isteyen sanıkları borcunu daha sonra ödeyeceğini söyleyerek sürekli oyalayıp telefonlarını açmaması, ticari işlerinde Ltd Şti'ni paravan olarak kullanarak sorumluluktan kurtulma çabası içinde ol-

Kurulu, 18.11.2014 tarihli ve 2014/146 Esas, 2014/494 Karar sayılı kararında da; borçlunun, uzun süredir borcunu ödemeyip alacaklıyı ekonomik olarak oldukça zor durumda bırakması, bütün aramalarına rağmen sürekli olarak alacaklıdan kaçması, borcunu ödemesini isteyen alacaklıya sövmesi şeklindeki fiillerinin haksız fiiller olduğunu, bu haksız fiillerin oluşturduğu hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında hareket ederek borçluya karşı kasten öldürme suçunu işleyen alacaklı hakkında haksız tahrik hükmünün uygulanması gerektiğini belirtmiştir³⁶. Söz konusu kararda, yalnızca borçlunun alacaklıya sövmesi şeklindeki fiilin değil, bunun yanında, borçlunun uzun süre boyunca borcunu ödemeyip alacaklıyı ekonomik olarak zor durumda bırakması ve sürekli olarak alacaklıdan kaçması şeklindeki fiillerinin de haksız fiiller olarak kabul edildiği görülmektedir.

Yukarıda yer verilen açıklamalar ışığında, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2021/88 Karar sayılı kararına konu teşkil eden inceleme konusu olayda, B ve C'nin A'ya olan borçlarını ödememesi üzerine gelişen süreçte, A'nın C'ye

ması, suç tarihinden önce yine amcası olan ...'nın ortağı olduğu Özevsan Ltd. Şti'nde ticari faaliyete başlayarak sanıklara olan borcunu kasti şekilde ödememe iradesini ortaya koyması sanıklar lehine haksız tahrik hükmünün uygulanmasını gerektiren haksız bir davranış olup, alacağın tahsil edilememesi sebebiyle işçi ücretlerini ödeyemeyen ve ticari faaliyetlerini yürütmekte zora düşen sanıkların, mağdurdan kaynaklanan bu haksız fiillerin oluşturduğu hiddetin etkisi altında hareket ederek kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işledikleri kabul edilmelidir. Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulüne, Özel Daire onama kararının mağdur ...'a yönelik eylem yönünden kaldırılmasına, yerel mahkeme hükmünün sanıklar ..., ..., ... ve ...'ın, mağdur ...'a karşı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu haksız tahrik altında işlediklerinin gözetilmemesi isabetsizliğinden bozulmasına ... karar verilmelidir.” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2017/656 E., 2017/360 K., 04.07.2017.)

³⁶ “Sanığın, aracını satın alıp bir türlü parasını ödemeyen ve sürekli olarak kendisinden kaçan maktule bir şekilde ulaştığı, maktule ait araçla Sincan'da bulunan Peçenek isimli bölgedeki piknik alanına gittikleri, burada araç içerisinde konuşurken yaşanan tartışma esnasında ele geçirilemeyen bıçakla maktülü vücudunun farklı yerlerinden bıçaklayıp, kafasına künt bir cisimle vurmak veya sert bir yere çarpmak suretiyle ölümüne neden olduğu somut olayda; maktülün uzun süredir sanığa olan borcunu ödemeyip sanığı ekonomik olarak oldukça zor durumda bırakması, bütün aramalarına rağmen sürekli olarak sanıktan kaçması, sanığın tüm aşamalarda ısrarla, duraksamaya yer vermeyecek ve birbiriyle uyumlu olacak şekilde, borcunu ödemesini istediği maktülün sinkaflı şekilde kendisine sövdüğünü belirtmesi ve dosya içeriği itibarıyla sanığın bu savunmasının aksini gösterir bir delilin mevcut olmaması karşısında, sanığın maktulden kaynaklanan bu haksız fiillerin oluşturduğu hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında hareket ederek atılı suçu işlediği kabul edilmelidir. Bu itibarla, uygulanma şartları oluştuğu halde sanık hakkında haksız tahrik hükmünün uygulanmaması isabetsiz olup, yerel mahkeme direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2014/146 E., 2014/494 K., 18.11.2014.)

Söz konusu karara ilişkin olarak çoğunluk görüşüne katılmayan on beş Genel Kurul Üyesi; “yerel mahkeme direnme hükmünün isabetli olduğu ve onanması gerektiği” düşüncesiyle karşı oy kullanmışlardır.

karşı işlediği neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan dolayı alacağı cezada haksız tahrik nedeniyle indirimle gidilip gidilmeyeceği belirlenmelidir. Yargıtay'ın konuyla ilgili kararları değerlendirildiğinde, borçlunun salt borcunu ödememesinin, borçluya karşı bu nedenle işlenen suçlarda alacaklı hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını gerektirecek bir haksız fiil olarak kabul edilmediği anlaşılmaktadır. Borcunu ödeyemeyen borçlunun borcuna karşılık senet vermesi, borcu inkar etmemesi, ekonomik sıkıntıları nedeniyle ödeyemediğini ancak ödemek istediğini söylemesi gibi hususlar, borçlunun haksız bir fiilinin bulunmadığı yönünde değerlendirilmektedir. Buna karşılık, Yargıtay, borçlunun, ödeme gücü bulunmasına rağmen kendi menfaati için veya alacaklıyı zor durumda bırakmak ya da zarara sokmak için borcunu keyfi biçimde ödememesini, alacaklıdan mal kaçırmamasını, gerçeğe aykırı beyan veya vaatlerde bulunmasını, borcun istenmesi sırasında alaya alma, hakaret etme gibi davranışlarda bulunmasını haksız tahriki oluşturacak haksız fiiller olarak kabul etmektedir. Bunun yanında, Yargıtay'ın bazı kararlarında, borçlunun, vadesinin üzerinden uzunca bir müddet geçmesine rağmen borcunu ödemeyip alacaklıyı sürekli oyalamasının da, haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını gerektirecek haksız bir fiil olarak kabul edildiği görülmektedir.

Yargıtay'ın, borçlunun borcunu yaşadığı ekonomik sıkıntılar gibi elinde olmayan nedenlerle “ödeyememesi”, borcunu kabul edip imkân bulduğunda ödeyeceğine dair iyiniyetli yaklaşımlarda bulunması ile ödeme gücü bulunmasına rağmen keyfi bir biçimde “ödememesi”, borcun ödenmesinin istendiği süreçte alacaklıyı oyalamaya yönelik iyiniyetli olmayan davranışlarda bulunması arasında bir ayrıma giderek, ilk durumda borçlunun haksız bir fiilinden bahsedilemeyeceğini, ikinci durumda ise haksız bir fiilinin bulunduğunu kabul etmesi, hakkaniyetin sağlanması açısından doğru bir yaklaşım olarak değerlendirilebilirse de, bu yaklaşımın hukuki bir temeli bulunduğu bahsedilemez. Zira, salt borcun ödenmemesi, alacaklı ve borçlu arasında hukuki ihtilaf niteliğinde, hukuk mahkemelerinde çözülmesi gereken bir anlaşmazlık olarak kabul edilerek haksız bir fiil olarak değerlendirilmeyecekse; borçlunun, ödeme imkânı olmaması dolayısıyla borcunu “ödeyememesi” ile ödeme imkânı olmasına rağmen borcunu “ödememesi” arasında, borcun ödenmemesi fiilinin haksız olup olmaması bakımından bir farklılık bulunmadığını söylemek gerekir. Öyle ki; borçlu, borcunu “ödeyemese” de “ödemese” de, alacaklı ve borçlu arasında hukuk mahkemelerinde çözülmesi gereken bir hukuki ihtilaf doğmuş olacaktır. Bununla birlikte, ödeme imkânı olmasına rağmen borcunu “ödemeyen”

borçlunun, alacaklı tarafından borcun istenmesi sürecinde gerçekleştireceği, borcu ödememeye yönelik hileli davranışlar, alaycı tavırlar, hakaret içeren sözler ve sair haksız davranışlar, kendi başlarına haksız fiil niteliğinde olduklarından, haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına yol açabilecektir. Kaldı ki, ödeme imkânı olmaması dolayısıyla borcunu “ödeyemeyen” borçlunun da, borcun istendiği süreçte bu tarz haksız davranışlarda bulunması hâlinde, bu haksız fiillerin etkisiyle ona yönelik işlenen suçlar bakımından da alacaklı hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanması mümkün olacaktır. Dolayısıyla, burada haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasında belirleyici olan, borçludan kaynaklanan haksız bir fiilin bulunup bulunmadığı ve alacaklının bu haksız fiilin kendisinde meydana getirdiği hiddetin etkisi altında borçluya karşı bir suç işleyip işlemediğidir. Bu noktada, salt borcun ödenmemesinin, haksız bir fiil olarak kabul edilip edilemeyeceğinin tespiti önem taşımaktadır.

Borçlu durumundaki kişinin, vadesi gelmesine rağmen borcunu ödememesinin, TCK m. 29 uyarınca haksız bir fiil olarak kabul edilip edilemeyeceği hususunda, fiilin haksızlığına ilişkin daha önceki açıklamalarda belirtildiği üzere, hukuk düzeninin tamamının göz önünde bulundurulması gerekir. Bir diğer deyişle, salt borcun ödenmemesi fiilinin haksız bir fiil teşkil edip etmediği, hukuk düzeninin tamamı çerçevesinde yapılacak bir değerlendirme ile belirlenmelidir.

Vadesi gelmesine rağmen borcun ödenmemesinin, borçlar hukuku çerçevesinde birtakım hukuki sonuçları olacağı gibi, böyle bir davranışın ahlâka aykırı bir davranış olduğunu da söylemek gerekir. Zira, kişi, bir borç altına girmekle, belirlenmiş bir zamanda, bu borçtan doğan yükümlülüğünü yerine getireceğine dair alacaklı tarafa bir vaatte bulunmuş olmaktadır. Vadesi gelmesine rağmen, borçtan doğan yükümlülüğün yerine getirilmeyerek, alacaklı tarafa karşı bulunulan vaade aykırı davranılması, ahlâka aykırı bir davranış olarak kabul edilmelidir. Bu noktada, ahlâka aykırı fiillerin, haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını gerektirecek haksız fiiller olarak kabul edilip edilemeyeceği meselesinin çözümü önem taşımaktadır. Bir görüşe göre, haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi için gerekli olan tahrik fiilinin haksızlığı koşulu, fiilin salt ahlâka veya toplumsal değerlere, örf ve adete aykırı olması ile sağlanamazken; diğer bir görüşe göre ise, hukuka, ahlâka, örf ve adete, toplumsal değerlere aykırı her türlü hareket, haksız fiil olarak

değerlendirilmektedir³⁷. Doktrinde; hukuka aykırı olmayan fiillerin, salt ahlâka aykırı olduğu için, haksız tahrik çerçevesinde indirim nedeni olarak kabul edilmesinin, modern ceza hukukunun gerekleri ile bağdaşmayacağı³⁸ yönünde bir görüş bulunmaktadır. Ancak, ahlâk kuralları, hukuk düzeninin dışında kabul edilerek, ahlâka aykırı fiillerin, ‘hukuka aykırı olmayan fiiller’ olarak değerlendirilmesinin, doğru bir değerlendirme olmadığını söylemek gerekir³⁹. Bir fiilin haksız bir fiil olup olmadığı, hukuk düzeninin tamamı çerçevesinde yapılacak bir değerlendirme ile belirleneceğinden, fiilin haksızlık teşkil edip etmediği hususunda, hukuk düzeninin bir parçası olan ahlâk kurallarının da göz önünde bulundurulması gerekir. Nitekim, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 49. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan düzenleme, ahlâk kurallarının, hukuk düzeninin dışında kabul edilmemesi ve bu doğrultuda, ahlâka aykırı fiillerin, ‘hukuka aykırı olmayan fiiller’ olarak değerlendirilmemesi gerektiği hususunda önemli bir kanuni dayanak noktası teşkil etmektedir.

Türk Borçlar Kanunu’nun “Genel Hükümler” başlıklı birinci kısmının, “Borç İlişkisinin Kaynakları” başlıklı birinci bölümünün, “Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri” başlıklı ikinci ayırımında yer alan ve madde başlığından anlaşılacağı üzere haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen 49. maddesinin birinci fıkrasında; kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar verenin, bu zararı gidermekle yükümlü olduğu belirtildikten sonra, ikinci fıkrada, zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlâka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar verenin de, bu zararı gidermekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Bu düzenleme göz önüne alındığında, ahlâka aykırı bir fiilin yasak olduğunu belirten bir hukuk kuralı olmasa dahi, ahlâka aykırı fiiller, haksız fiil sorumluluğuna yol açabilecektir. Sorumluluk, ancak davranış normlarına aykırılıktan, yani hukuka aykırı bir fiilden dolayı söz konusu olabilecek olup, hangi gerekçeyle olursa olsun, hukuka uygun bir fiilden dolayı sorumluluktan bahsedilemez⁴⁰. Türk Borçlar Kanunu’nun 49. maddesinin ikinci fıkrasına göre, ahlâka aykırı fiillerden dolayı sorumluluk

³⁷ Çetin, s. 80-81.

³⁸ Çetin, s. 78.

³⁹ “Belli bir insan davranışının hukukun müdahale alanı dışında kalması, bu davranışın hukuken değerlendirme dışı kaldığı anlamına gelmez. Örneğin, kumar borcunun ifası hususunda kamu gücünün kullanılmasına izin verilmemiş olması, hukukun kumar oyununu değerlendirme dışı bıraktığı anlamına gelmez. Kumar oynanması, ahlâken tasvip edilmeyen bir davranış olduğu gibi, hukuka uygun bir davranış da değildir.” (Özgenç, s. 31-32.)

⁴⁰ Özgenç, s. 29 (45 numaralı dipnot).

söz konusu olabildiğinden, ahlâka aykırı fiillerin hukuka uygun olduğu söylenemeyecektir. Dolayısıyla, ahlâk kuralları da, hukuk düzeninin bir parçası olup⁴¹, ahlâka aykırı fiiller, haksız fiiller olarak kabul edilebilecektir. Buna karşılık, doktrinde; Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiş olan haksız fiil sorumluluğunun, yalnızca kasıtlı ve ahlâka aykırı fiilden kaynaklanan bir sorumluluk olup, bu tür sorumluluk hâllerinde hukuka aykırılığın söz konusu olmadığı ve bu nedenle ahlâka aykırı fiilin ceza hukuku anlamında bir tahrik fiili teşkil etmesinin de söz konusu olamayacağı⁴²; 49. maddenin ikinci fıkrasında ifade edilen, (zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile ahlâka aykırı bir fiille başkasına kasten verilen) zararların, ceza hukuku açısından tahrik edici fiil olarak kabul edilmeyeceği, zira bu davranışların hukuk düzenine aykırı olmadığı⁴³ yönünde görüşler de yer almaktadır. Ancak, biz bu görüşlere katılmamaktayız. Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan hüküm, ahlâka aykırı bir fiili yasaklayan bir pozitif hukuk kuralının bulunmamasından, bu fiilin hukuka aykırı olmadığı sonucu çıkarılacak şekilde yorumlanamaz⁴⁴. Hukuk düzeninin tamamı göz önüne alınarak bir değerlendirme yapıldığında, ahlâka aykırı fiillerin de hukuk düzenine aykırı olduğunu söylemek gerekir. Dolayısıyla, ahlâka aykırı fiiller de, TCK m. 29 anlamında haksız bir fiil olarak kabul edilebilecek ve bu doğrultuda haksız tahrik hükümlerinin uygulanması söz konusu olabilecektir⁴⁵.

⁴¹ Ahlâk ve hukuk kuralları, müşterek bir zemine sahip bulunmakta olup, ahlâka aykırı bir davranış, hiçbir zaman hukuki koruma altına alınmaz. (Özgenç, s. 37.)

⁴² Çetin, s. 78.

⁴³ Aydın, Haksız Tahrik Kurumuna İlişkin Bazı Sorunlar, s. 240.

“Ancak 5237 sayılı TCK'dan önceki kimi Yargıtay kararlarında, hukuka aykırı olmasa bile geleneklere ve değer yargılarına aykırı davranışları da haksız tahrik kapsamında değerlendiren görüşlerin izlerini bulmak olanaklıdır. Bu değerlendirmenin nedeni, TCK'da geçen haksız fiil ifadesini borçlar hukuku anlamında geniş yorumlamak olabilir.” (Aydın, Haksız Tahrik Kurumuna İlişkin Bazı Sorunlar, s. 240.)

⁴⁴ Özgenç, s. 32-33 (57 numaralı dipnot).

“Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 06.07.2018 tarihli ve 2018/7 Karar sayılı kararında; bir fiilin ahlaka aykırı olmakla birlikte hukuka aykırı olmayabileceğini kabul etmektedir. Oysa, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinin ikinci fıkrasında, “Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.” hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümle, ahlaka aykırı fiili yasaklayan bir pozitif hukuk kuralının bulunmayabileceğine işaret edilmektedir.” (Özgenç, s. 32-33 (57 numaralı dipnot).)

⁴⁵ Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 1980 tarihli bir kararında; “Toplumsal değer hükümlerine, ahlâka, örf ve adete aykırı davranışlar, hukuka aykırı davranış niteliğinde olduklarından, haksız tahrik nedeni olarak kabul edilmeleri gerekir.” diyerek, Borçlar Kanunu m. 49, f. 2'deki haksız

Bu açıklamalar ışığında Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2021/88 Karar sayılı kararına konu teşkil eden inceleme konusu olay değerlendirildiğinde; olayda işçi-işveren ilişkisinden kaynaklanan bir işçi alacağı söz konusu olup, işveren durumundaki şahıslar B ve C, işçileri olan A'ya karşı, onu belirli bir süre işçi olarak çalıştırmaları dolayısıyla doğan borçlarını, A'nın ısrarla talep etmesine rağmen ödememişlerdir. Burada B ve C'nin, A'ya olan borçlarını ödememeleri, ahlâka aykırı bir davranış olup, haksız bir fiil niteliğindedir. A'nın da, alacağının ödenmemesi dolayısıyla hiddete kapılması mümkündür. (A'nın, C'ye karşı işlediği neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunu, alacağını alamamaktan dolayı kendisinde meydana gelen hiddetin etkisiyle mi yoksa C'nin A'nın bıçak tuttuğu eline vurmasının kendisinde meydana getirdiği hiddetin etkisiyle mi işlediği hususu ile buna ilişkin değerlendirme doğrultusunda haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilirliği sorunu, çalışmanın ilerleyen kısımlarında incelenecek olup; bu noktada, A'nın, söz konusu suç, alacağını alamamaktan dolayı duyduğu hiddetin etkisiyle işlemiş olduğu varsayımı doğrultusunda açıklamalarda bulunulacaktır.) İnceleme konusu olayda A, ısrarla alacağını istemesine rağmen alamamış ve bundan dolayı duyduğu hiddetin etkisinde hareket ederek, borçlu şahıslardan biri olan C'ye karşı neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunu işlemiştir. Olayda B ve C'nin, A'ya olan borçlarını ödememesinin, A'ya yönelik haksız bir fiil teşkil etmesi ve A'nın da bu haksız fiilin kendisinde meydana getirdiği hiddetin etkisi altında, haksız fiili gerçekleştiren kişilerden biri olan C'ye karşı suç işlemesi dolayısıyla, A'nın işlediği suç bakımından haksız tahrik hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır. Ancak, bu noktada, B ve C'nin haksız tahriki oluşturan fiili ile A'nın işlediği neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçları arasında bir oran bulunup bulunmadığının ve bunun haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına etkili olup olmayacağının değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

B. HAKSIZ FİİL İLE BUNUN ETKİSİNDE İŞLENEN SUÇ ARASINDA ORAN BULUNMASININ GEREKİP GEREKMEDİĞİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRME

Haksız tahriki oluşturan fiil ile bunun ortaya çıkardığı hiddetin etkisinde işlenen suç arasında bir oranın olması gerekip gerekmediği hususunda doktrinde farklı görüşler bulunmakta olup; bir görüşe göre, burada bir oranın bulunması gerekirken, diğer görüşe göre, haksız fiilin oluşturduğu hiddetin

fiil anlayışına yakın ölçütü benimsemiştir. (Aydın, Haksız Tahrik Kurumuna İlişkin Bazı Sorunlar, s. 240.)

etkisinde suçun işlenmiş olması yeterlidir⁴⁶. Doktrinde; haksız tahrik açısından önemli olanın, kişinin maruz kaldığı haksız fiilin kendisinde hiddet oluşturup oluşturmadığı olmakla birlikte, ortada kesin ve açık bir ölçüsüzlük varsa, haksız tahrikin varlığından söz edilemeyeceği⁴⁷; işlenen suç, tahrik fiilinden nitelik ve ağırlık bakımından açık bir şekilde farklı ise, sanığın, haksız tahrik indiriminden faydalanamayacağı⁴⁸ yönünde görüş yer almaktadır. Biz de bu görüşün daha isabetli olduğunu düşünmekteyiz. Suçun mağduru tarafından gerçekleştirilen haksız fiil, oldukça az bir haksızlık içeriğine sahip olabilir. Mağdurun haksızlık içeriği oldukça az olan fiili dolayısıyla hiddete kapılan failin, ona karşı oldukça ağır bir suç işlemesi hâlinde, haksız fiil ile işlenen suç arasında oranın bulunmaması nedeniyle, failin haksız tahrik hükümlerinden yararlandırılmaması yerinde olacaktır⁴⁹.

İnceleme konusu olay bağlamında bu husus değerlendirildiğinde, A hakkında, haksız tahrik hükümleri uygulanarak cezasında indirimine gidilmesinin

⁴⁶ Özgenç, s. 525. ; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 608.

⁴⁷ Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 27. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 415.

“Haksız tahrik oluşturan fiil ile buna tepki olarak işlenen suç arasında aşırı oransızlık bulunmamalıdır. Örneğin, kartopu oynarken atılan kartopunun evin camına isabet etmesi nedeniyle kartopu atanı öldüren fail bakımından, tahrik oluşturan fiil ile buna tepki olarak işlenen suç arasında oran bulunmamaktadır.” (Öztürk/Erdem, s. 341.)

⁴⁸ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 608.

“İşlenen suç ile tahrik fiili arasında nedensellik bağı ile birlikte bir oranın da bulunması gerekir. İşlenen suç, tahrik fiilinden nitelik ve ağırlık bakımından açık bir şekilde farklı ise; tepkinin, tahrikin bir sonucu olduğu söylenemez. Bu durumda tahrik, böyle bir suçun işlenmesinde yalnızca bir vesile olmuştur.” (Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 608.)

Yargıtay, konuyla ilgili eski tarihli bir kararında (Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 24.01.1978 tarihli, 51/84 sayılı kararı) bu fikri benimsemiştir: “İrza geçme suçu, şehvi kasıtlı ve bu duygunun tatmini için işlenen suçlardandır. Olayda, kendi bahçesinden gizlice kayısı toplarken gördüğü mağduru yakalayan sanığın, boş bir evin içinde mağdurun zorla ırzına geçtiği kabul edilir. Mağdurun bahçeden kayısı çalması, sanık lehine haksız tahrik olarak nitelendirilmiş ve tahrik hükmüyle cezadan indirme yapıldığı görülmüştür. Kanun maddesindeki yazılış ve yukarıda yapılan açıklama ışığı altında, mağdurun sanığın zararına işlediği haksız tahrik sayılan eylemi ile işlenen suç karşılaştırılırsa, bu ikisi arasında ne nitelikleri bakımından bir bağlantı ne de ağırlık yönünden bir orantı bulunmadığı kolaylıkla göze çarpmaktadır. Demek ki, tahrik sayılan eylem ne ağır ne de hafif bir tahrik niteliğindedir.” (Kararı aktaran: Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 608-169 numaralı dipnot.)

⁴⁹ “Etki fiil ile tepki fiil arasında bir oranın bulunması konusunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bununla birlikte, tepki fiilin, etki fiilin ortaya çıkardığı hiddet ve şiddetli elemin etkisi altında işlenmesi zorunluluğunun varlığı, ikisi arasında bir oranın bulunmasını gerektirmektedir. Bu nedenle, örneğin, elma çalarken yakaladığı A'ya karşı cinsel saldırı suçunu işleyen B, haksız tahrikten yararlanamayacaktır.” (Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 423.)

isabetli olmayacağını söylemek gerekir. Zira, A, kısa bir süreliğine çalışıp işten ayrılmış olup, işveren durumundaki B ve C de, A'ya olan borçlarını inkar etmemiş, ona karşı borçlarını geciktirmek dışında herhangi bir haksız fiilde bulunmamıştır. Salt borcun ödenmesinin bir müddet geciktirilmesi, haksızlık içeriği oldukça az bir haksız fiil niteliğinde olup, söz konusu haksız fiil üzerine, A, C'ye karşı, hayati tehlike geçirmesine yol açacak kadar ağır bir şekilde, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunu işlemiştir. Burada C'nin haksız fiili ile A'nın işlediği suç arasında oran bulunduğu söylenemez. Bu nedenle, A'nın haksız tahrik hükümlerinden yararlandırılmaması yerinde olacaktır. Buna karşılık, somut olayda A'nın, borcunun ödenmesinin geciktirilmesi üzerine, C'ye karşı, hakaret veya tehdit gibi daha hafif bir suç işlemiş olması durumunda, A hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanması söz konusu olabilecektir. Zira, bu durumda, C'nin haksız fiili ile A'nın işlediği suç arasında bir oran bulunduğu bahsetmek mümkün olacaktır. Bu çerçevede, her somut olay kendi içinde değerlendirilerek, mağdurun haksız fiili ile failin işlediği suç arasında oran bulunup bulunmadığı⁵⁰ ve bu doğrultuda haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasının mümkün olup olmadığı değerlendirilmelidir⁵¹.

C. BİÇAK BULUNAN ELE VURULMASININ CEZA HUKUKU BAKIMINDAN HANGİ ÇERÇEVEDE DEĞERLENDİRİLECEĞİNE VE BUNUN HAKSIZ TAHRİK HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASINA ETKİSİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRME

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun kararına konu teşkil eden inceleme konusu olayda, C'nin, A'nın elindeki çakı bıçağını görmesi üzerine elindeki

⁵⁰ “Katılanlar ile sanık ... arasında geçmişe dayalı husumet olması, 12/10/2010 tarihli hükümde katılanlar ..., ... ve ...'in, sanığın oturduğu eve taş attıklarından bahisle mala zarar verme suçundan cezalandırılmaları karşısında; olayların çıkış sebebi ve gelişimi üzerinde durulup, etki-tepki biçiminde gelişip gelişmedikleri, ağırlık düzey ve derecelerine göre denge bulunup bulunmadığı değerlendirilerek, sonucuna göre TCK'nın 29. maddesindeki haksız tahrik hükümünün sanık hakkında uygulanma olanağı tartışılmadan yazılı şekilde hükümler kurulması ... bozmayı gerektirmiş” (Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 2018/6772 E., 2019/136 K., 14.01.2019.)

⁵¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 01.02.1993 tarihli ve 361-20 sayılı kararında da belirtildiği gibi, tahrikin varlığı ve derecesi, failin durumuna, yöresel koşullara göre değerlendirilmeli, olayın işleniş şekli, niteliği, özellikleri, tahrik eden ile failin hal ve davranışları arasındaki ilişki, zaman ve yer şartları nazara alınmalıdır. (Özgenç, s. 523 (849 numaralı dipnot).)

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 27.10.2015 tarihli ve 2014/336 Esas, 2015/352 Karar sayılı kararına konu teşkil eden olaya ilişkin olarak ilk derece mahkemesinin direnme kararının gerekçesinde de, tahrikin varlığı ve derecesinin belirlenmesinde dikkate alınacak bu hususlardan bahsedilmiştir.

fırça sapıyla A'nın bıçak tuttuğu eline vurmasının, ceza hukuku bakımından hangi çerçevede değerlendirileceği de belirlenmeli ve bu belirleme doğrultusunda, C'nin A'nın eline vurması üzerine A'nın C'yi bıçakla yaralaması fiili bakımından, A hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasının mümkün olup olmadığı değerlendirilmelidir. Olayın gelişimine bakıldığında; A, B'nin yakasından tutarak onu dışarı çıkarmaya çalışırken, C ile işyerinde çalışanlar araya girerler. C, A'nın elindeki çakı bıçağını görmesi üzerine elindeki fırça sapıyla A'nın bıçak tuttuğu eline vurur. Olayın hemen öncesinde A'nın, B'ye yönelik tehdit teşkil eden ifadeler kullanması ve bundan kısa bir süre sonra da B'nin yakasından tutarak onu işyerinden dışarı çıkarmaya çalışması göz önüne alındığında, A'nın asıl hedefinde olan kişinin B olduğu anlaşılmaktadır. B'nin kardeşi olan C ise, A'nın elindeki çakı bıçağını görünce, A tarafından kardeşi B'ye söz konusu bıçakla bir zarar verileceğini düşünerek, elindeki fırça sapıyla A'nın bıçak tuttuğu eline vurmuştur. C'nin bu fiilinin, meşru savunma çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Zira, hukuka uygunluk nedenlerinin, tipe uygun fiilin tespit edilmesinden sonra, kusur değerlendirmesinden önce incelenmesi gerekmekte olup; bir hukuka uygunluk nedeni olan meşru savunmanın da, kusurluluğu azaltan bir neden olan haksız tahrikten önce araştırılması gerekir⁵². Somut olayda da, C'nin, A'nın bıçak tuttuğu eline vurması fiilinde, haksız tahrik altında hareket edip etmediği değerlendirmesinden önce, meşru savunma çerçevesinde hareket edip etmediği değerlendirilmelidir. Gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıya karşılık verilmesi hâlinde, meşru savunma söz konusu olacağından, artık haksız tahrike ilişkin bir değerlendirme yapılamaz⁵³.

Meşru savunma, TCK'nın 25. maddesinin birinci fıkrasında şu şekilde

⁵² Kangal, s. 61.

⁵³ Kangal, s. 61.

“Hem ‘meşru müdafaa’, hem de ‘haksız tahrikte’ bulunması gereken ortak şart; ‘haksız bir saldırının varlığıdır’ ancak; kişinin hukukça korunan bir hakkına yönelik devam eden bir saldırıya yönelik bir eylemde bulunması durumunda, ‘meşru müdafaa’ ve ‘haksız tahrik’ arasında bir yoğunluk farkı bulunduğundan, sadece TCK'nın 25/1. maddesinde düzenlenmiş olan ‘meşru müdafaa’ hükmü tatbik edilmelidir. Haksız tahrik müessesesi, meşru müdafaaaya dâhil olup, meşru müdafaaanın varlığı hâlinde tahrikten söz edilemeyecektir. Yerleşik içtihatlar da bu yoldadır. Ancak, haksız saldırı bittikten sonra bir karşı koyma durumu söz konusu olursa işte o zaman, TCK'nın 25. maddesi değil, TCK'nın 29. maddesi söz konusu olabilir.” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 01.03.2016 tarihli ve 2015/1039 Esas, 2016/96 Karar sayılı kararında yer verilen, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itiraz kanun yoluna başvurusunun gerekçesinden)

düzenlenmiştir: “Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.” Söz konusu hükümden anlaşıldığı üzere, kişi, kendisine ait bir hakka yönelmiş saldırı karşısında meşru savunmada bulunabileceği gibi, başkasına ait bir hakka yönelmiş saldırı karşısında da meşru savunmada bulunabilir⁵⁴. Meşru savunmadan söz edilebilmesi için, saldırının, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırı olması da gerekmektedir⁵⁵. Somut olay bağlamında bu şartlar değerlendirildiğinde; C’nin kendisine değil, kardeşi olan B’ye yönelmiş bir saldırı söz konusudur. Bu saldırı, her ne kadar C ile işyerinde çalışanların araya girmesiyle bir an için durdurulmuş olsa da, A’nın elinde çakı bıçağının olması ve olay yerinden uzaklaşmamış olması da göz önüne alındığında, saldırının, tekrarı muhakkak bir saldırı olarak kabul edilmesi gerekir. C’nin, kardeşi B’ye yönelik, tekrarı muhakkak olan bu saldırı karşısında, saldırgan durumundaki A’nın bıçak tuttuğu eline, elindeki fırça sapıyla vurması, saldırı ile orantılı bir savunma fiilidir. Dolayısıyla, somut olayda meşru savunmanın şartlarının gerçekleştiği görülmekte olup, C, meşru savunma çerçevesinde hareket etmektedir. C’nin, meşru savunma çerçevesinde gerçekleştirdiği fiil karşısında, A’nın, C’yi bıçaklayarak hayati tehlike geçirecek şekilde yaralaması fiili bakımından, A hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağını değerlendirilmesi gerekir.

Meşru savunma bakımından, savunmaya yönelik fiilin ne kadar gerekli olduğunun değerlendirilmesi gerekmekte olup; savunma için başvuru fiil, savunma bakımından zorunlu değil ise, ancak bu durumda haksız tahrikten söz edilebilir⁵⁶. Somut olayda, C’nin, A’nın bıçak tuttuğu eline, elindeki fırça sapıyla vurması, savunma bakımından zorunlu bir fiil olarak değerlendirilmelidir. Zira, A, B’ye yönelik bir saldırıya başlamış olup, bu saldırının bir an için durdurulması sonrasında elinde bıçak tutmaya devam eden A’ya, C tarafından böyle bir müdahalede bulunulmamış olması hâlinde, B’ye yönelik saldırının tekrarı muhakkaktır ve bu saldırı sonucunda A’nın B’ye

⁵⁴ Saldırının, üçüncü kişiye karşı olması durumunda da meşru savunma kabul edilmiştir. (Özgenç, s. 361.)

⁵⁵ “Meşru savunmadan söz edilebilmesi için, bir saldırının varlığı gereklidir. Saldırının fiil hal yani halen mevcut olması gerekir. 5237 sayılı TCK’nın ifade biçimine göre, saldırının “gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırı” olması gerekir. Saldırı tamamlanmış ise, artık meşru savunmadan söz edilemez.” (Özgenç, s. 357.)

⁵⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 316-317.

ağır bir zarar vermesi kuvvetle muhtemeldir. Dolayısıyla C'nin, savunma için başvurduğu fiil, savunma bakımından zorunlu olup, meşru savunma şartları gerçekleşmiştir.

TCK'nın 25. maddesinin birinci fıkrasının gerekçesinde, meşru savunmanın bir hukuka uygunluk nedeni olduğu açıkça belirtilmiştir ve dolayısıyla, meşru savunma hâlinde, şartlarına uygun olarak gerçekleştirilen fiil, hukuka uygun olacaktır⁵⁷. Olay bakımından herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin var olması hâlinde haksız tahrik hükümleri uygulanmaz, zira hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı hâlinde ortada haksız fiil teşkil edecek bir hareket yoktur⁵⁸. Hukuka uygun bir fiil, failde ne kadar şiddetli hiddet ve elem meydana getirmiş olursa olsun, haksız tahrikten bahsedilemez, çünkü ortada bir haksızlık yoktur⁵⁹. Faile veya başka bir kişiye ait hukuksal bir değere yönelmiş bir müdahale, hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde gerçekleştiriliyorsa, bu müdahale hukuka aykırı olmadığından, haksızlık karakterine de sahip değildir ve dolayısıyla böyle bir müdahalenin yapılması sonucunda hiddet veya şiddetli eleme kapılarak bir suç işleyen fail bakımından haksız tahrik indirimi yapılamaz⁶⁰. Meşru savunma çerçevesinde hareket eden kişinin fiili, saldırgan açısından, haksız tahrik olarak değerlendirilemez, zira hukuk düzenini ilk ihlâl eden saldırganın kendisidir⁶¹. İnceleme konusu olayda da, A tarafından B'ye yönelmiş bir saldırı söz konusu olup, B'nin kardeşi olan C, üçüncü kişi yararına meşru savunmada bulunmaktadır. C'nin meşru savunma çerçevesinde gerçekleştirdiği fiil, hukuka uygun bir fiildir. A'nın C'ye karşı işlediği neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunu, C'nin haksızlık teşkil etmeyen, haksız fiil niteliği taşımayan söz konusu fiiline karşılık, bu fiilin

⁵⁷ Özgenç, s. 356-357.

⁵⁸ Dönmez, s. 280.

⁵⁹ Aydın, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik, s. 235.

⁶⁰ Kangal, s. 38.

Hukuka uygunluk sebebi içinde hareket eden kişinin hareketine karşı gerçekleştirilen harekete, haksız tahrik hükümleri uygulanamaz. (Behiye Eker Kazancı, "Mağdurun Davranışları ve Heyecan Halinin Ceza Sorumluluğuna Etkisi - Haksız Tahrik", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, 15 (Özel Sayı), 1309-1357, s. 1329.)

⁶¹ Aydın, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik, s. 241.

Kişi, kendi haksız hareketiyle olaya sebebiyet vermişse, haksız tahrik indiriminden yararlanamaz. (Özgenç, s. 523. ; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 603.)

Bununla birlikte, ilk haksız harekete verilen karşılık, ilk haksız harekete göre orantısız derecede ağır ise, ilk haksız hareketi gerçekleştiren kişinin, haksız tahrik hükümlerinden yararlanması mümkündür. (Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 603.)

kendisinde meydana getirdiği hiddetin etkisiyle işlemiş olması durumunda, A hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Bu noktada, inceleme konusu olay bakımından, A'nın C'ye karşı işlediği neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunu, C'nin borcunu ödememesi şeklindeki haksız fiile tepki olarak mı yoksa C'nin A'nın bıçak tuttuğu eline vurması şeklindeki meşru savunma çerçevesinde gerçekleştirilen ve haksızlık teşkil etmeyen fiile tepki olarak mı işlediğinin belirlenmesi gerekir. Bu hususta yapılacak değerlendirme, A'nın haksız tahrik hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağını tespit etmek bakımından önem arz etmektedir. Zira, fail hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi için, failin içinde bulunduğu hiddet veya şiddetli elem hâli, tahriki oluşturan haksız fiilin sonucu olmalı, haksız fiil ile failin psikolojik durumu arasında nedensellik bağı bulunmalıdır⁶².

İnceleme konusu olayda, alacağını alamayan ve bu nedenle hiddete kapılan A'nın hedefinde olan kişinin borçlulardan B olduğu anlaşılmaktadır. Zira, olayın gelişimine bakıldığında görülmektedir ki; A, ilk olarak B'den alacağını istemiş, bunun için B'yi aramış, B ve C'nin işyerine gittiğinde de yine alacağını B'den istemiş, burada B'ye yönelik olarak tehditte bulunmuş ve B'nin yakasından tutarak onu dışarı çıkarmaya çalışmıştır. Her ne kadar A'nın, kardeş olan B ve C'nin işyerinde çalışmış olması dolayısıyla bir işçi alacağı bulursa da, olayın gelişimi ve A'nın alacağı dolayısıyla sürekli olarak B ile muhatap olması, B'ye yönelik fiiller gerçekleştirmesi göz önüne alındığında; A'nın, alacağından dolayı B'yi sorumlu olarak gördüğü anlaşılmaktadır. Dolayısıyla A, alacağının ödenmemesi nedeniyle B'ye karşı hiddete kapılmış durumdadır. C'nin, A'nın bıçak tuttuğu eline vurma anına kadar, A'nın C'ye karşı hiddetle hareket ettiğine ilişkin bir durum mevcut değildir. O ana kadar A'nın hedefinde olan kişi B iken, C'nin, meşru savunma çerçevesinde hareket ederek A'nın bıçak tuttuğu eline vurması üzerine, A, C'ye karşı hiddete kapılmış ve bunun etkisiyle C'yi bıçakla yaralamıştır. Bu yaralama fiili dolayısıyla A hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi için, A'nın, suç teşkil eden bu fiilini, haksız bir fiilin kendisinde meydana getirdiği hiddetin etkisi altında gerçekleştirmiş olması gerekmektedir⁶³. Somut olayda her ne kadar ödenmeyen borçtan dolayı C de sorumlu olsa da, A'nın, esas olarak B'yi sorumlu tuttuğu ve ödenmeyen alacağı dolayısıyla B'ye

⁶² Koca/Üzülmez, s. 365.

⁶³ Haksız tahrikin varlığı için; işlenen suçun, hiddetin etkisiyle işlenmiş olması, haksız fiil ile daha sonra işlenen suç arasında illiyet ilişkisinin mevcut olması gerekir. (Özgenç, s. 524.)

yönelik fiiller gerçekleştirdiği görülmektedir. Olayda borcun ödenmemesi dolayısıyla C'nin de haksız bir fiilin mevcut olduğu söylenebilirse de; A, C'ye karşı işlediği neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunu, alacağının ödenmemesinden kaynaklanan hiddetin etkisiyle değil, C'nin A'ya karşı gerçekleştirdiği, bıçak tuttuğu eline vurması şeklindeki fiilden kaynaklanan hiddetin etkisiyle gerçekleştirmiştir. Yukarıda da açıklandığı üzere, C'nin, A'nın bıçak tuttuğu eline vurması, meşru savunma şartlarının gerçekleşmesi dolayısıyla hukuka uygun bir fiildir. Olayda A, C'ye karşı neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunu, haksız bir fiil olan borcun ödenmemesi fiiline tepki olarak değil, hukuka uygun bir fiil olan bıçak tuttuğu eline vurulması fiiline tepki olarak gerçekleştirdiğinden, A hakkında haksız tahrik hükümleri uygulanmak suretiyle cezasında indirimine gidilmesi mümkün değildir⁶⁴. Her ne kadar A, kendisine karşı gerçekleştirilen fiil dolayısıyla hiddete kapılmış ve bu hiddetin etkisiyle C'ye karşı suç işlemiş olsa da, C'den A'ya yönelen fiil haksız bir fiil niteliğinde olmadığından, A hakkında haksız tahrik hükümleri uygulanamayacaktır.

SONUÇ

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun kararına konu teşkil eden inceleme konusu olayda, borçlu tarafından borcun ödenmemesi, alacaklıya yönelik haksız bir fiil niteliği taşımaktadır. Zira, borcun ödenmemesi şeklindeki davranış, ahlâka aykırı bir davranıştır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan düzenleme, ahlâk kurallarının, hukuk düzeninin dışında kabul edilmemesi hususunda önemli bir kanuni dayanak noktası teşkil etmektedir. Haksız tahrik hükümlerinin uygulanması bağlamında, bir fiilin haksız bir fiil olup olmadığı, hukuk düzeninin tamamı çerçevesinde yapılacak bir değerlendirme ile belirleneceğinden, fiilin haksızlık teşkil edip etmediği hususunda, hukuk düzeninin bir parçası olan ahlâk kurallarının da göz önünde bulundurulması gerekir. Bu doğrultuda, ahlâka aykırı bir fiil olan borcun ödenmemesinin, haksız fiil niteliğinde olduğunu söylemek gerekir. İnceleme konusu olayda da C, A'ya olan borcunu ödememek suretiyle ona karşı haksız bir fiil gerçekleştirmiştir. A, C'ye karşı işlediği neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunu, borcun ödenmemesi şeklindeki haksız fiilin

⁶⁴ Haksız fiil neticesinde failde oluşan hiddet ve şiddetli elem hâli ile işlenen suç arasında nedensellik bağı bulunması gerekmekte olup; sanığın işlediği suç, haksız fiilden değil, başka bir sebepten kaynaklanıyorsa, tahrik ile tepki arasında nedensellik bağı mevcut değildir ve bu durumda kişi, haksız tahrik indiriminden yararlanamaz. (Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 606.)

kendisinde oluşturduğu hiddetin etkisiyle gerçekleştirmiş olsaydı, A hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gündeme gelirdi. Ancak bu durumda da, C'nin haksız fiil teşkil eden fiilinin haksızlık içeriğinin oldukça az olmasına karşılık A'nın haksızlık içeriği oldukça fazla olan bir suç işlemesi dolayısıyla, haksız fiil ile işlenen suç arasında oran bulunmaması nedeniyle A hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı söylenebilirdi.

İnceleme konusu olayın gelişimi göz önüne alındığında; A, C'ye karşı işlediği neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunu, alacağının ödenmemesinden kaynaklanan hiddetin etkisiyle değil, C'nin A'ya karşı gerçekleştirdiği, bıçak tuttuğu eline vurması şeklindeki fiilden kaynaklanan hiddetin etkisiyle gerçekleştirmiştir. Failin haksız tahrik hükümlerinden yararlanabilmesi için, işlenen suçun, haksız fiilin meydana getirdiği hiddetin etkisiyle gerçekleştirilmesi gerekmekte olup; somut olayda A, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunu, borcun ödenmemesi şeklindeki haksız fiilin kendisinde meydana getirdiği hiddetin etkisiyle işlemiş değildir. A, söz konusu suçu, C'nin bıçak tuttuğu eline vurması şeklindeki, meşru savunma şartları çerçevesinde gerçekleştirilen fiilden kaynaklanan hiddetin etkisiyle işlemiştir. C'nin, A'nın bıçak tuttuğu eline vurması, bir hukuka uygunluk nedeni olan meşru savunmanın şartlarının gerçekleşmesi dolayısıyla hukuka uygun bir fiildir. Hukuka uygun bir fiilin varlığı hâlinde, bu fiilin etkisiyle suç işleyen fail bakımından haksız tahrik hükümlerinin uygulanması mümkün olmayacaktır. Zira, bir hukuka uygunluk nedeninin mevcut olması dolayısıyla fiilin hukuka uygun olması hâlinde, ortada bir haksızlık yoktur. İnceleme konusu olayda da A, C'ye karşı neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunu, haksız bir fiil olan borcun ödenmemesi fiiline tepki olarak değil, hukuka uygun bir fiil olan bıçak tuttuğu eline vurulması fiiline tepki olarak gerçekleştirdiğinden, A hakkında haksız tahrik hükümleri uygulanmak suretiyle cezasında indirime gidilmesi mümkün değildir.

KAYNAKÇA

- Artuk M.E/Gökçen A/Alşahin M.E/Çakır K, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Aydın D, “Haksız Tahrik Kurumuna İlişkin Bazı Sorunlar”, Terazi Hukuk Dergisi, 2020, 15 (162), 236-247.
- Aydın D, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, 54 (1), 225-254.
- Çetin İ, Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Demirbaş T, Haksız Tahrik, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Demren Dönmez B, “Ceza Sorumluluğunu Azaltan Bir Neden Olarak Haksız Tahrik”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2013, 71 (1), 267-294.
- Eker Kazancı B, “Mağdurun Davranışları ve Heyecan Halinin Ceza Sorumluluğuna Etkisi - Haksız Tahrik”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, 15 (Özel Sayı), 1309-1357.
- Gökcan H.T/Artuç M, Pratik Türk Ceza Kanunu, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- Hakeri H, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 27. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Kangal Z.T, “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010, 14 (3-4), 19-68.
- Katoğlu T, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- Koca M/Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Özbek V.Ö/Doğan K/Bacaksız P, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

Öztürk B/Erdem M.R, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 21. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

KARARLAR

- Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2017/362 E., 2021/88 K., 09.03.2021.
Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2017/868 E., 2020/87 K., 11.02.2020.
Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2015/1219 E., 2019/13 K., 17.01.2019.
Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2017/656 E., 2017/360 K., 04.07.2017.
Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2015/1039 E., 2016/96 K., 01.03.2016.
Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2015/203 E., 2016/2 K., 19.01.2016.
Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2014/146 E., 2014/494 K., 18.11.2014.
Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 2021/13587 E., 2021/14079 K., 29.12.2021.
Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 2021/22883 E., 2021/9381 K., 27.10.2021.
Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 2021/35007 E., 2021/9105 K., 25.10.2021.
Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 2021/15401 E., 2021/8076 K., 07.10.2021.
Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 2020/4909 E., 2021/8489 K., 20.05.2021.
Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 2021/760 E., 2021/1963 K., 22.02.2021.
Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 2020/17786 E., 2021/2369 K., 28.01.2021.
Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 2020/15969 E., 2021/1685 K., 21.01.2021.
Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 2020/14976 E., 2020/20036 K., 23.12.2020.
Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 2020/15718 E., 2020/19941 K., 22.12.2020.
Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 2020/13990 E., 2020/19383 K., 17.12.2020.
Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 2020/350 E., 2020/19286 K., 16.12.2020.
Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 2020/13050 E., 2020/17597 K., 30.11.2020.
Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 2020/12411 E., 2020/16638 K., 18.11.2020.
Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 2020/10301 E., 2020/14987 K., 28.10.2020.
Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 2020/1312 E., 2020/2511 K., 26.10.2020.
Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 2020/9894 E., 2020/14415 K., 22.10.2020.

- Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 2017/25285 E., 2019/9624 K., 08.07.2019.
Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 2019/1615 E., 2019/3119 K., 17.06.2019.
Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 2018/11682 E., 2019/7353 K., 04.04.2019.
Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 2017/4981 E., 2019/3743 K., 18.03.2019.
Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 2018/10942 E., 2019/4373 K., 04.03.2019.
Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 2018/6772 E., 2019/136 K., 14.01.2019.
Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 2018/290 E., 2018/1646 K., 09.04.2018.
Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 2016/290 E., 2017/2227 K., 12.06.2017.
Yargıtay 18. Ceza Dairesi, 2015/4751 E., 2015/5067 K., 10.09.2015.
Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 2013/13054 E., 2015/27287 K., 17.04.2015.
Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 2013/8281 E., 2015/20820 K., 18.02.2015.
Yargıtay 14. Ceza Dairesi, 2012/8044 E., 2014/5454 K., 22.04.2014.
Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 2012/5877 E., 2013/1588 K., 28.02.2013.
Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 2009/9467 E., 2011/4134 K., 28.06.2011.

**KASTEN ÖLDÜRME SUÇUNUN TASARLAYARAK İŞLENMESİ
NİTELİKLİ HALİNE İLİŞKİN YARGITAY CEZA GENEL
KURULU'NUN 2016/486 E., 2021/56 K., 25.02.2021 KÜNYELİ
KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ**

*Analysis Of The Court Of Cassation General Assembly Of Criminal
Chambers' Decision (Decision No. 2021/56) Regarding The Qualified
Commitment Of The Crime Of Intentional Killing By Premeditation*

Elif KURT KILIÇ*

Özet

Fail, fiili gerçekleştirdiği esnada mağdurların sayısı ve/veya kimliğine ilişkin net bir bilgiye sahip olmayabilir. Çalışmaya konu olan Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında da merciler arasında tartışılan ilk sorun; failin mağdurların bulunduğu araca seri şekilde ateş ettiği bir durumda, araçtakilerin kimliği ve sayısına ilişkin bilgisinin kesin olmaması halinin failin kastı üzerinde nasıl bir etki doğuracağıdır. Mahkeme ikinci olarak ilk soruna ilişkin yaptığı tespit doğrultusunda kasten öldürme suçunun tasarlayarak işlenmesi nitelikli halinin (TCK m. 82/1-a) uygulanabilirliğini değerlendirmiştir. Çalışmada karara konu olan olay incelendikten sonra, bu olayın gerçekleşebileceği farklı ihtimallerde ceza sorumluluğu tespitinin nasıl yapılacağı değerlendirilmiştir. Verilen ihtimallerde tasarlama nitelikli hali ile olası kast, hata ve teşebbüs hallerinin bir arada bulunduğu durumlar ele alınmıştır.

Anahtar Kavramlar: *kasten öldürme, tasarlama, olası kast, doğrudan kast, mağdurun kimliğinin ve sayısının belirsizliği.*

Abstract

The perpetrator may not have clear information about the number and/or identity of the victims at the time of the act. The first problem discussed among the authorities in the decision of the Court of Cassation General Assembly of Criminal Chambers, which is the subject of this study; In a situation where the perpetrator shoots at the victim's vehicle in rapid succession, how will the uncertainty of the mind of the perpetrator on the identity and number of the occupants in the vehicle affects mens rea. Secondly, in line with its determination regarding the first problem, the court evaluated the applicability of the qualified case of intentionally committing the crime of killing with

* Arş. Gör., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye, **e-posta:** elif.kurt@hbu.edu.tr.
ORCID: 0000-0002-7167-3582

premeditation (TPC Art. 82/1-a). After examining the event that is the subject of the decision in the study, it is evaluated how to determine the criminal responsibility in different possibilities that this event may occur. In the given possibilities, the situations in which the qualified state of premeditation with probable intent or error or attempt coexist are discussed.

Keywords: *intentional killing, premeditation, probable intent, direct intent, uncertainty of identity and number of victims.*

I. OLAY

X ailesi ile onlarla aynı köyde oturan Y ve Z aileleri arasında husumet vardır. 20.04.2009 tarihinde, X ailesine mensup S, Y ailesinden B'yi ateşli silahla yaralar. Y ailesi bu olay nedeniyle yörenin geleneği olan kan bedelini talep etmez ancak barışma şartı olarak X ailesine ilçeyi terk etmeleri için belirli bir tarihe kadar süre verir. X ailesi verilen süre içerisinde ilçeyi terk edemez ve iki aile arasında sağlanan barış bozulur. İstanbul'da çalışmakta olup olay tarihinde 14 yaşında olan B'nin oğlu Ç, uzun namlulu otomatik bir tüfek ve yaklaşık 40 adet fişek temin ederek X ailesinden herhangi birisini öldürmek üzere, olay tarihinden 15-20 gün önce köye döner. 22.03.2010 tarihinde, sabah saatlerinde; X ailesinden K1 ve kardeşi K2 oğulları O1 ve O2 ile birlikte, K1'in sevk ve idaresindeki araçla ilçe merkezine giderler. Ç, K1 ve yanında bulunanların K1'e ait araçla köyden ayrıldığını görür ve köye geri döneceklerini düşünerek dönüş yoluna hakim konumdaki bir tepede daha önceden oluşturulmuş mevzide onları beklemeye başlar. İlerleyen saatlerde K1'e ait aracın köye doğru ilerlediğini gören Ç, araçta kimlerin ve kaç kişinin bulunduğunu görmemesine rağmen, tüfeğin atış menziline girmesiyle birlikte araca yaklaşık 720 metre mesafeden önce tek tek, sonra seri şekilde 31 el ateş eder. Mermilerden biri aracın sol ön kelebek camından geçip ön sağ koltukta oturan K2'ye isabet eder. Araç başka isabet almaz, araçta bulunan K1, O1 ve O2 yara almadan kurtulur, K2 ise sol omuz hizasında köprücük kemiği üzerinden aldığı isabet nedeniyle ateşli silah mermi çekirdeği yaralanmasına bağlı iç organ ve büyük damar harabiyeti sonucu ölür.

II. ÇÖZÜLMESİ GEREKEN HUKUKİ PROBLEMLER

- 1) Olayda hangi suç/suçlar işlenmiştir? Söz konusu suçların maddi ve manevi unsurları nelerdir?
- 2) Olayda babasının yaralanması olayının intikamını almak isteyen Ç hakkında haksız tahrik hükümleri uygulanabilir mi?

III. MERCİLERİN ÇÖZÜM ŞEKİLLERİ

İlk Derece Mahkemesi:

Ç hakkında; K2'ye yönelik eylemleri nedeniyle **nitelikli kasten öldürme suçundan TCK m. 82/1-a, j, m. 31/2, m. 62, m. 53/1** hükümleri uyarınca 12 yıl 6 ay hapis cezasına ve kısıtlayıcı tedbirlerin uygulanmasına yer olmadığına, **K1'e yönelik** eylemleri nedeniyle **nitelikli kasten öldürme suçuna teşebbüsten TCK m. 82/1-a, j, m. 35/2, m. 31/2, m. 62, m. 53/1** hükümleri uyarınca 5 yıl 10 ay hapis cezasına ve kısıtlayıcı tedbirlerin uygulanmasına yer olmadığına hükmetmiştir. Ç'nin, **O1 ve O2'ye yönelik** eylemleri bakımından kan gütme saiki ile tasarlayarak öldürmeye teşebbüs suçundan cezalandırılması istemiyle kamu davası açılmış ise de mahkeme CMK m. 223/2-e uyarınca **beraatine** hükmetmiştir. Ayrıca Ç'nin **6136 s. K. m. 13/2** ile TCK m. 31/2, m. 62, m. 52, m. 51 hükümleri uyarınca 2 yıl 1 ay hapis ve 5000 TL adli para cezası ile cezalandırılmasına ve erteleme hükümlerinin uygulanmasına yer olmadığına karar vermiştir. Mahkeme son olarak suçun yasal unsurları oluşmadığından CMK m. 223/2-c maddesi uyarınca Ç'nin suç üstlenme suçundan (TCK m. 270) beraatine hükmetmiştir.

B hakkında; Ç'yi azmettirmek suretiyle K2'yi tasarlayarak kan gütme saikiyle öldürmeye yönelik fiiline katılması dolayısıyla TCK m. 38, m. 82/1-a,j m. 62, m. 53/1 hükümleri uyarınca müebbet hapis cezasına ve hak yoksunluğuna, **K1'e karşı** işlenen **nitelikli kasten öldürme suçuna teşebbüse azmettirmeden** TCK m. 38, m. 82/1-a, j, m. 35/2, m. 62 ve m. 53/1. hükümleri uyarınca 12 yıl 6 ay hapis cezasıyla cezalandırılmasına ve hak yoksunluğuna hükmetmiştir. Ancak mahkeme kararın devamında B'nin, K1 ve K2'ye yönelik aynı eylemleri bakımından CMK m. 223/2-e uyarınca beraatine karar vererek çelişkili hüküm kurmuştur. Mahkeme son olarak B'nin **O1 ve O2'ye yönelik** eylemleri bakımından kan gütme saiki ile tasarlayarak öldürmeye teşebbüs suçundan CMK m. 223/2-e uyarınca **beraatine** hükmetmiştir.

Ç'nin olayda kullandığı tüfek, şarjör ve 31 adet boş kovanın TCK m. 54 uyarınca **müsaderesine** hükmetmiştir.

Yargıtay 1. Ceza Dairesi:

“...A) Ç'nin K2'ye yönelik eylemi nedeniyle cezalandırılmasına ilişkin, hükmün A-1. Bendindeki “kan gütme saikiyle” ibaresinin hükmünden çıkartılmasına ve devamındaki uygulama maddesi olarak gösterilen “TCK. nun 82/1-a-j” ibaresinin “TCK.nun 82/1-a” olarak değiştirilmesine” karar vermek suretiyle hükmün düzeltilerek onanmasına karar vermiştir.

“...4-A) Ç'nin K1'yi tasarlayarak ve kan gütme saikiyle öldürmeye teşebbüs suçundan kurulan hüküm yönünden;

Sanığın, ... bahsedilen aileye ait olduğunu bildiği ... (aracın) ilçeye gittiğini görüp eylemi icra ettiği karayoluna hakim tepeye çıktığı, burada pusu kurup ... uzun namlulu silahla aracın dönmesini birkaç saat bekledikten sonra aracın köye dönüş yapmakta olduğunu gördüğü ve yaklaşık 720 metre mesafeden (araca) doğru en az 31 el ateş ettiği, ... olayda: atış mesafesi itibarıyla sanığın araç içerisinde bulunan kişileri seçme imkânının olmadığı, sanığın araçta bulunan ve hasım olarak kabul ettiği aileye mensup herhangi bir kişiyi vurmak istediği ve bu şekilde kasten ateş etmek suretiyle maktulü öldürdüğü, sanığın araca ateş ederken araç içinde başka insanların da olabileceği ve onların da isabet alabileceğini öngördüğü ve sonucuna katlanarak atışlarına devam etmesi nedeniyle araçtaki diğer kişilere karşı eylemini olası kasıt altında gerçekleştirdiğinin kabul edilmesi gerektiği, somut olayda araçta bulunan kişilerin isabet almaması nedeniyle netice itibarıyla ortaya çıkan ve gerçekleşen bir suç oluşmadığından sanığın beraatine karar verilmesi gerekirken, aracın arka koltuklarında oturan ve isabet almayan mağdurlar O1 ve O2'yi öldürmeye teşebbüs suçlarından isabetli şekilde beraatine karar verildiği hâlde, sanığın mağdur K1'i öldürmeye teşebbüs suçundan da beraati yerine, yazılı şekilde cezalandırılmasına karar verilmesi,

Kabule göre de, sanığın suçu işlemesine gerekçe gösterdiği önceki olayda babasının karşı aileye mensup bir kişi tarafından av tüfeği ile vurularak yaralandığı ancak vefat etmediği olayda, suçun yalnızca tasarlayarak işlendiğinin kabulü gerektiği, zira kan gütme saiki ile işlendiğinin kabul edilebilmesi ve TCK'nın 82. maddesinin j bendindeki ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi için, olaya neden olan önceki hadisenin mutlaka ölümle sonuçlanmış olması gerektiği gözetilmeden suçun kan gütme saikiyle de işlendiğinin kabul edilmesi,

B) B'nin K1'i tasarlayarak ve kan gütme saikiyle öldürmeye teşebbüse azmettirme suçundan kurulan hüküm yönünden;

Hükmün F-1 bendinde, B'nin K2'yi tasarlayarak ve kan gütme saikiyle öldürmeye azmettirme, hükmün G-1 bendinde B'nin K1'i tasarlayarak ve kan gütme saikiyle öldürmeye teşebbüse azmettirme suçundan cezalandırılmasına karar verildiği hâlde, hükmün J bendinde aynı suçtan bu kez beraatine karar verilmesi suretiyle hükmün karıştırılması...” isabetsizliklerinden ilk derece mahkemesinin kararının bozulmasına karar verilmiştir. (11.06.2014, 2186-

3483).

İlk derece mahkemesi bozmaya uyarak **B bakımından Ç'yi** azmettirmek suretiyle **K2'yi tasarlayarak öldürmeye yönelik fiiline katılması** dolayısıyla TCK m. 38, m. 82/1-a, m. 62, m. 53/1 hükümleri uyarınca müebbet hapis cezasına ve hak yoksunluğuna, **B ve Ç'nin K1'e yönelik eylemleri bakımından** nitelikli kasten öldürme suçuna teşebbüsten CMK m. 223/2-a maddesi uyarınca **beraatlerine** karar vermiş, karar Yargıtay 1. Ceza Dairesince oy çokluğuyla onanmıştır. (25.11.2015, 1307-5705).

Yargıtay 1. Ceza Dairesi üyelerinden biri: “...eylemin yalnızca maktule yönelik olmayıp araçta bulunan diğer kişilere de yönelik olması, maktul ile diğer aile mensupları arasında hedef olma bakımından bir fark olmaması, hareketli hedefe doğru yapılan atışın uzak atış mesafesinden yapılmış bir atış olması nedeniyle hedef seçme imkânının bulunmaması, **K1'in isabet almamasının bir tesadüften ibaret olması gözetildiğinde, K1'e yönelik eylemin olası kastla işlenmediği, K1'e yönelik eylemin kasten öldürmeye teşebbüs niteliğinde olduğunu düşündüğümden, Yerel Mahkemenin olası kasta dayalı olarak sanıklar B ve Ç haklarında verdiği beraat kararlarının bozulması gerektiği**” gerekçesiyle karşı oy kullanmıştır.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise: “...eylemin yalnızca maktule yönelik olmayıp araçta bulunan diğer kişilere de yönelik olması, maktul ile diğer aile mensupları arasında hedef olma bakımından bir fark olmaması, hareketli hedefe doğru yapılan atışın uzak atış mesafesinden yapılmış bir atış olması nedeniyle hedef seçme imkânının bulunmaması, **K1'in isabet almamasının tesadüften ibaret olduğu dikkate alınarak, K1'e yönelik eylemin olası kastla işlenmediği, kasten öldürmeye kalkışmak niteliğinde olduğu, Yerel Mahkemenin olası kasta dayalı olarak sanıklar B ve Ç haklarında verdiği beraat kararlarının yerinde olmadığı**” görüşüyle K1'e yönelik eylemleri bakımından B ve Ç hakkında verilen kararların bozulması istemiyle itiraz kanun yoluna başvurmuştur. (14.01.2016, 7430).

Yargıtay Ceza Genel Kurulu:

B ve Ç hakkında K2'ye yönelik nitelikli kasten öldürme suçundan (TCK m. 82/1-a) ve Ç hakkında 6136 s. Kanun'a muhalefet etme suçundan verilen mahkumiyet hükümleri ile B ve Ç hakkında O1 ve O2'ye yönelik nitelikli kasten öldürme suçuna teşebbüsten ve Ç hakkında suç üstlenme suçundan verilen beraat kararları Özel Daire hükümleriyle kesinleşmiş olup, itirazın kapsamına göre inceleme B ve Ç hakkında K1'e yönelik eylemleri nedeniyle

nitelikli kasten öldürme suçuna teşebbüsten verilen beraat kararlarıyla sınırlı olarak yapılmıştır.

YCGK ilk olarak 11.12.2014 tarihli katılan vekili temyiz dilekçesinde B hakkında K1'e yönelik eylemi nedeniyle verilen beraat hükmüne yöneltilen herhangi bir temyiz iradesi bulunmadığından, bu beraat hükmüne (B'nin K1'e yönelik eylemi nedeniyle verilen beraat hükmü) yönelik temyiz davasının açılabilmesi için gerekli olan istek şartının gerçekleşmediğini, dolayısıyla bu hükmün temyiz edilmeksizin kesinleşmiş olduğunu tespit etmiştir. Genel Kurul kararında, Özel Dairece yapılan temyiz incelemesinin hukuki değerden yoksun olduğu, Özel Dairenin temyiz incelemesinden geçmeyen bir hükmün itiraz kanun yoluyla CGK önüne taşınmasının mümkün olmadığını ifade etmiştir. Böylece **B'nin K1'e yönelik eylemleri bakımından kararın kesinleşmesinin ilk derece mahkemesinin bozmaya uyarak verdiği beraat kararıyla** gerçekleştiği sonucuna varılmıştır. YCGK incelemesi yalnızca Ç'nin K1'e yönelik eyleminin doğrudan kastla mı yoksa olası kastla mı gerçekleştirdiği; buna bağlı olarak Ç'ye atılı nitelikli kasten öldürme suçuna teşebbüsün unsurları itibarıyla oluşup oluşmadığı hususunda yapılmıştır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu:

“Babası B'nin X ailesinden S tarafından silahla yaralanması nedeniyle X ailesinden herhangi birisini öldürmeye karar verip bu amaçla ... tüfek temin eden Ç'nin olay günü köy içerisindeki evinden K1 ve yanında bulunanların ilçe merkezine doğru gittiklerini görmesi üzerine aynı araçla geri döneceklerini düşünerek, dönüş yoluna hâkim konumdaki ... mevkisinde mevzilenmesi ve söz konusu aracın da K1'e ait olduğunu bilmesi karşısında, Ç'nin silahla saldırı eylemi esnasında K1'in ve kim olduklarını bilmemekle birlikte yanında bulunanların araç içerisinde olduğunu bildiği hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Amacı X ailesinden herhangi birisini öldürmek olan Ç'nin bulunduğu konum itibarıyla araç sürücüsü olan K1'in olduğu taraftan 720 metre mesafeden uzun namlulu otomatik tüfekle rastgele ateş etmesi, K1'in sevk ve idaresindeki aracın hareket hâlinde olması, bu nedenle hedef seçme imkânı bulunmayan Ç'nin X ailesinden kim olursa olsun birisini öldürmek amacıyla aracı hedefleyerek ateş etmesi, saldırıda kullanılan uzun namlulu otomatik tüfekten yapılan atış sayısı, araca isabet eden merminin yeri birlikte değerlendirildiğinde; Ç'nin gerçekleştirdiği silahla saldırı eylemi neticesinde zorunlu veya kaçınılmaz olarak ortaya çıkan tüm sonuçlardan sorumlu tutulması gerekmektedir. Başka bir deyişle, X ailesinden herhangi birisini öldürmek için K1'in içinde bulunduğunu bildiği araca otomatik

tüfekte saldırı gerçekleştiren sanığın eylemi sonucunda, günlük hayat tecrübelerine göre araç içerisinde bulunan herkesin zarar göreceği muhakkak olduğundan Ç'nin K1'e yönelik eylemini de doğrudan kasıtlı gerçekleştirdiği anlaşılmaktadır.

Öte yandan, K1'in saldırıdan hiç yara almadan kurtulduğu anlaşılabilir ise de, Ç'nin, X ailesinden olan bireylere karşı beslediği husumet, ...suçta kullandığı saldırı aletinin niteliği, atış sayısı, araca ve ... maktule isabet eden merminin yeri, isabet alan aracın hareket hâlinde olması nedeniyle belli bir kişiyi hedef alma imkânının olmaması ve Ç'nin araçta bulunan herhangi biri veya birilerini öldürmeye yönelik kastının bölünemeyecek oluşu bir bütün olarak değerlendirildiğinde, **Ç'nin K1'e yönelik eyleminin tasarlayarak kasten öldürme suçuna teşebbüsü oluşturduğu kabul edilmelidir.** gerekçesiyle oy çokluğuyla Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazının kabulüne, Özel Dairenin onama kararının kaldırılmasına, Yerel Mahkemenin Ç hakkındaki beraat kararının, Ç'nin K1'e yönelik eyleminin nitelikli kasten öldürme suçuna teşebbüsü oluşturduğunun gözetilmemesi isabetsizliğinden bozulmasına karar vermiştir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan 2 Ceza Genel Kurulu Üyesi itirazın reddine karar verilmesi gerektiği görüşüyle; **Ceza Genel Kurulu Başkanı ise:** **“Suça Sürüklenen Çocuğun yapmış olduğu atış öncesi, aracın K1'e ait olduğunu bilmesine rağmen araçta kaç kişi olduğunu bilmediği, seyir halinde olan araçta en az bir sürücünün bulunacağını doğal olduğu, araçtaki diğer kişiler yönünden atış mesafesi itibarıyla hedef seçme imkanının bulunmaması, Ç'nin amacının babası B'ye yapılan silahlı saldırının intikamını almak için X ailesinden herhangi birisini öldürmek olması, Ç'nin bu amaçla hareket hâlindeki araca rastgele ateş edip sadece 1 adet merminin isabet etmesiyle inceleme dışı maktul K2'nin ölümüne sebebiyet vererek hedeflediği amaca ulaşmış olması, atış mesafesi itibarıyla diğer mağdurlar açısından ölüm veya yaralama sonucunun muhakkak değil muhtemel olması, Ç'nin amaçladığı bu hedef dışında araç içerisinde başkalarının da olabileceğini ve onların da isabet alabileceğini öngörebileceği, diğer bir ifadeyle ‘olursa olsun’ düşüncesiyle hareket ederek meydana gelebilecek sonuçları göze aldığı kabul edilmesi halinde olası kasıtlı hareket ettiği sonucuna varılacağından K1'in hiçbir yara almaması karşısında; ‘Olası kasıt netice ile belirlenir’ ilkesinden hareketle, netice itibarıyla ortaya çıkan ve gerçekleşen bir suç oluşmadığından; sanığın eyleminin, nitelikli kasten öldürme suçuna teşebbüsü oluşturduğuna dair ikinci uyuşmazlık konusu bakımından sayın**

çoğunluğun görüşüne katılmıyorum.” düşüncesiyle karşı oy kullanmışlardır.

IV. GÖRÜŞÜMÜZ

1) Olayda hangi suç/suçlar işlenmiştir? Söz konusu suçların maddi ve manevi unsurları nelerdir?

X ailesine mensup S tarafından, Y ailesi mensubu B'nin ateşli silahla yaralanması, somut olayın koşullarına göre, teşebbüs aşamasında kalan kasten öldürme suçuna veya kasten yaralama suçunun nitelikli haline vücut verecektir. Kararda söz konusu eyleme ilişkin detaylı açıklama olmadığından değerlendirme yapılması mümkün olmamıştır.

Babası B'nin yaralanması üzerine X ailesine mensup herhangi birini öldürmek isteyen Ç; K1, K2, O1 ve O2'nin K1'e ait araçla şehre gittiğini görmüş ve dönüş yoluna pusu kurmuştur. K1'e ait aracın köye doğru ilerlediğini gören Ç, atış menziline giren araca 720 metre mesafeden 31 el ateş etmiştir. Ç ateş ettiği sırada bulunduğu mesafe itibarıyla aracın K1'e ait araç olduğunu görmüş ancak araçta kaç kişinin ve kimlerin bulunduğunu görmemiş, bu araçla şehre giden K1, K2, O1 ve O2'nin yine bu araçla köye dönecekleri düşüncesiyle hareket etmiştir. Mermilerden biri K2'ye isabet ederek ölümüne neden olurken, K1, O1 ve O2 isabet almamıştır. Bir diğer ifadeyle Ç, gerçekleştirdiği 31 el atış sonucunda yalnızca K2 üzerinde olacak şekilde 1 isabet kaydedebilmiştir. Karara konu olayda merciler, Ç'nin, K2 bakımından doğrudan kastla, O1 ve O2 bakımından ise olası kastla hareket ettiği sonucuna ulaşmışlardır. Fakat K1 bakımından Ç'nin olası kastla mı yoksa doğrudan kastla mı hareket ettiği ve buna bağlı olarak teşebbüs aşamasında kalan kasten öldürme suçundan sorumlu tutulup tutulamayacağı konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

TCK m. 21/1 hükmünde doğrudan kast, TCK m. 21/2 hükmünde olası kast tanımlanmıştır. Suçun kanuni tarifindeki maddi unsurların tamamının bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi halinde “doğrudan kast” söz konusu olur (TCK m. 21/1). Bir suçu işlemeye karar veren failin, bu suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurların gerçekleştiğini veya suç teşkil eden fiili icra ettiği sırada gerçekleşeceğini kesin olarak öngörmesi, doğrudan kastla hareket ettiği anlamına gelir¹. Fail, gerçekleştirdiği fiil ile ulaşmayı

¹ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 242, Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 170, Berrin Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 455.

hedeflediği esas neticelere ek olarak bu fiilin meydana getireceği diğer zorunlu neticelerden ya da kaçınılmaz olarak addedilen yan neticelerden de sorumludur². Failin bu neticelerin meydana gelmesini isteyip istememesinin bir önemi bulunmamaktadır. Önemli olan neticeyi gerçekleştirmek için icra ettiği fiilin, günlük hayat tecrübelerine göre muhakkak surette diğer başka neticelerin gerçekleşmesine de sebep olacağını öngörmüş olmasıdır³. Failin, fiilinin icrasına bağlı olarak meydana gelen zorunlu neticeler ve kaçınılmaz olarak addedilen yan neticeler bakımından da doğrudan kastla hareket ettiği kabul edilmelidir⁴. Bu hususta doktrinde *Heinrich* tarafından verilen örnekte Anton⁵; yangın sigortası yaptırdığı evinde bir yangın çıkararak sigorta parasını almak istemektedir⁶. Ancak evin 4. katında Anton'un felçli büyükannesi Gerda yaşamaktadır. Yıllardır dışarı çıkmamış olan Gerda'nın böyle bir yangından kurtulamayacağını ve kesin olarak öleceğini bilen Anton, Gerda'nın ölmesini istemediğinden uzunca bir süre planını uygulamaya koymaz. Ancak maddi olarak içine düştüğü zor duruma dayanamadığı noktada evde yangın çıkarır ve üst kattaki Gerda hayatını kaybeder. Verilen örnekte Gerda'nın ölümü neticesi her ne kadar Anton tarafından istenmiyor olsa da gerçekleştirilen fiil sonucunda meydana geleceği kesin addedilen bir neticedir ve Anton, bu netice bakımından doğrudan kastla hareket etmiştir. Konuya ilişkin verilen diğer bir örnek önemli bir siyasi şahsiyetin öldürülmesi amacıyla kişinin bindiği uçağa bomba yerleştirilmesidir. Söz konusu örnekte uçağa yerleştirilen bombanın patlaması halinde, esas hedef olan siyasi şahsiyetin yanı sıra uçakta bulunan diğer kişilerin ölmesi de muhakkak bir netice olduğundan failin kastı doğrudandır⁷. Yine buna benzer bir başka örnek, sigorta şirketinden tazminat alabilmek için içi yolcularla dolu olduğu halde geminin batırılmasıdır. Bu durumda da gemideki yolcuların ölmesi halinde failin bu ölüm neticesinden doğrudan kastla sorumluluğu söz konusu olacaktır⁸.

İcra edilen fiilin günlük hayat tecrübelerine göre muhakkak surette

² Koca/Üzülmez, Genel, s. 171.

³ Özgenç, s. 243.

⁴ Koca/Üzülmez, Genel, s. 171.

⁵ Bernd Heinrich, Ceza Hukuku Genel Kısım-I, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 177.

⁶ Bu örneğe ilişkin detaylı bilgi için bkz. Heinrich, s. 177 vd., Akbulut, Genel, s. 457.

⁷ İlgili örnek ve aynı yönde kabuller için bkz.: Özgenç, s. 243, Akbulut, Genel, s. 457, Koca/Üzülmez, Genel, s. 171.

⁸ Koca/Üzülmez, Genel, s. 171, Özgenç, s. 243.

sebebiyet vereceği neticeler, öngörüldüğü halde bir şekilde gerçekleşmemiş olabilir. Bu durumda da failin doğrudan kastla hareket ettiği ancak suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmelidir⁹. Yukarıda verilen gemi batırılması örneğinde, yolcuların bir kısmının boğulması bir kısmının ise bölgedeki bir başka gemi tarafından kurtarılması halinde gemiyi batıran kişi ölen yolcular bakımından kasten öldürme, kurtarılan yolcular bakımından ise kasten öldürme suçuna teşebbüsten dolayı sorumlu tutulacaktır¹⁰.

Dönmezer/Erman ise fiil ile gerçekleşmesi amaçlanan asıl netice bakımından doğrudan kastın varlığını kabul etmekle birlikte, bu fiil sonucunda meydana gelen diğer zorunlu neticeler bakımından olası kasta ilişkin kuralların uygulanması gerektiği, kanaatindedirler¹¹. Yazarlara göre fail, amaçladığının dışında kalan diğer zorunlu neticelerden, ancak bunların gerçekleşmesi halinde ve gerçekleştiği ölçüde sorumlu olur¹². Bu itibarla yazarların görüşüne göre yukarıdaki gemi batırılması örneğinde yolcuların bir kısmının boğulması bir kısmının ise bölgedeki bir başka gemi tarafından kurtarılması halinde gemiyi batıran kişinin ölen yolcular bakımından olası kastla öldürme suçundan sorumlu tutulması gerekecek, kurtarılan yolcular bakımından ise ceza sorumluluğu cihetine gidilmeyecektir. Zira yazarlar, “olası kast netice ile belirlenir” kuralını benimsediğinden gerçekleşmeyen bir neticeden failin sorumlu tutulmayacağını kabul ederler¹³.

Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen fiili işlemesi halinde olası kast vardır (TCK m. 21/2). Olası kast halinde de bir suçun maddi unsurlarının gerçekleşebileceği fail tarafından öngörülmür. Ancak doğrudan kasttan farklı olarak olası kast halinde suçun maddi unsurlarının gerçekleşmesi fail tarafından muhakkak değil, muhtemel addedilir¹⁴. Fail, işlemeyi kararlaştırdığı fiilin kanunda tarif edilen belli bir neticeye sebep olacağını muhtemel görmesine rağmen fiili işlemekten geri kalmaz, bu neticenin gerçekleşmesini kabullenir¹⁵. Örneğin; kalabalık

⁹ Özgenç, s. 243, Koca/Üzülmez, Genel, s. 171-172.

¹⁰ Özgenç, s. 243.

¹¹ Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II*, 14. Bası, DER Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 469.

¹² Dönmezer/Erman, s. 470.

¹³ Dönmezer/Erman, s. 469-470.

¹⁴ Özgenç, s. 244.

¹⁵ Özgenç, s. 244-245.

içindeki bir kişiyi hedef alarak yapılan atış sonucunda merminin hedeflenen şahsa değil, hemen yanındaki kişi veya kişilere isabet etmesi halinde, meydana gelen netice açısından failin olası kastla hareket ettiğini kabul etmek gerekir. Ancak fail, hedef aldığı kişi açısından gerçekleşmesini istediği neticeyi riske atmamak için silahını “tarama” şeklinde ateşlemiş ise gerek hedef alınan kişi gerekse isabet alan diğer kişilere yönelik olarak doğrudan kastla öldürme suçu işlenmiş olur. Çünkü böyle bir durumda, hedef alınan kişinin çevresinde bulunan diğer kişilerin de isabet alacağı, günlük hayat tecrübelerine göre muhtemel değil, muhakkak surette öngörülür¹⁶.

Fail, suç teşkil eden fiili icra ederken bu fiil neticesinde kaç kişinin veya kimlerin mağdur olacağını bilmiyor olabilir¹⁷. Nitekim, bazı olaylarda bu hususun fiili gerçekleştirdiği esnada fail tarafından net olarak bilinmesi mümkün de olmayabilir. Örneğin, önemli bir siyasi şahsiyeti öldürmek için kişinin bulunduğu ortamın bombalanması durumunda orada bulunan birçok insanın da öleceği fail tarafından bilinmekle birlikte ölen kişilerin kimler olacağı, kaç kişinin öleceği, kaç kişinin yaralı olarak kurtulacağı gibi soruların cevabı bilinmemektedir. Yine kalabalık içindeki bir kişiyi öldürmek isteyen failin silahını tarama şeklinde ateşlemesi örneğinde fail, olay yerinde asıl öldürmek istediği kişi dışında kaç kişinin bulunduğunu veya bu kişilerin kimler olduğunu bilmiyor olabilir. Ancak failin mağdurların kimliği ve sayısına ilişkin bilgisizliği kasten öldürme suçunun temel şekline dair kastını ortadan kaldırmaz; bu durum ancak suçun nitelikli unsurları bakımından önem arz edebilir¹⁸. Zira fail, böyle bir fiili icra etmesi halinde olay yerinde bulunan kişilerin ölebileceğini bilmektedir, sadece bu kişilerin sayısı ve kimliğine

¹⁶ “maktul ...’ı öldürmek üzere olay yerine gelen sanıklar ... ve ...’in birbirlerine yakın vaziyette sohbet eden maktuller ... ve ...’a doğru birden çok kez çapraz ateş şeklinde ateş ederek öldürdükleri anlaşılan olayda,

A-İsabet alan bölge, kullanılan silahların elverişliliği, atış mesafesi ve sanıkların birden fazla kez ateş etmesi dikkate alındığında, maktul ...’ın yanında bulunan maktul ...’un da isabet almasının mutlak ve kaçınılmaz olduğu, sanıkların buna rağmen ateş ederek eylemlerinin sonucunu bilerek ve isteyerek gerçekleştirdikleri anlaşılmalı, sanıkların maktul ...’a yönelik doğrudan kastla öldürme suçundan cezalandırılmaları yerine, yanlış değerlendirme sonucu yazılı şekilde olası kastla öldürme suçundan hüküm kurulması...” (Yarg. 1. CD., 2016/2519 E., 2017/3834 K., 8.11.2017).

¹⁷ Mağdurun belirsizliğinin kast üzerindeki etkisine ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Hakan Karakehya, İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast, 1. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2010, s. 83 vd. s. 166 vd.

¹⁸ Bu konuda detaylı açıklama için bkz. Elif Kurt, “Mağdurun Kimliğinde Yanılma ve Ceza Sorumluluğu”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2020, s. 80 vd.

ilişkin bir belirsizlik mevcuttur. Ayrıca eklemek gerekir ki bu belirsizlik failin doğrudan kast yerine olası kastla hareket ettiği gibi bir kanaate ulaşılmasını da gerektirmez¹⁹. Çünkü olay yerinde kaç kişi bulunursa bulunsun ve bu kişiler kim olursa olsun böyle bir fiil sonucunda ölecekleri muhtemel değil, muhakkak addedilen bir neticedir.

Somut olayda Ç, X ailesine mensup herhangi birini öldürmeyi amaçlamaktadır. X ailesine mensup olan K1, K2, O1 ve O2'nin birlikte köyden ayrıldığı görülen Ç, bu kişilerin köye geri dönecekleri düşüncesiyle dönüş yolunda pusu kurmuştur. Bir süre sonra Ç, X ailesi mensuplarının köyden ayrılmakta kullandığı aracın köye doğru ilerlediğini görmüş ve bu araç atış menziline girdiği andan itibaren müteaddit defa ateş etmiştir. İlk derece mahkemesi ve Yargıtay 1. Ceza Dairesi²⁰; Ç'nin, atış mesafesi itibariyle araçtaki kişileri seçme imkanı olmadığı, X ailesine mensup herhangi bir kişiyi vurmak amacıyla ateş etmek suretiyle öldürdüğü K2 bakımından doğrudan kastla hareket ettiği ancak araçta başka kişilerin bulunabileceğini öngördüğü halde fiilini gerçekleştirdiği için K1, O1 ve O2 bakımından olası kastla hareket ettiği ve bu kişiler isabet almadığından “olası kast netice ile belirlenir” kuralı gereğince herhangi bir ceza sorumluluğu doğmayacağı kanaatindedir. Bir diğer ifadeyle söz konusu merciler, yukarıda yer verdiğimiz ve doktrinde Dönmezer/Erman tarafından savunulan görüş doğrultusunda hüküm kurmuşlardır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise, yalnızca K1'e yönelik eylem bakımından yaptığı incelemede; Ç'nin, olay günü K1 ve yanında bulunan K2, O1 ve O2'nin K1'e ait olduğunu bildiği araçla şehre gittiklerini görmesi ve aynı araçla geri döneceklerini düşünerek dönüş yoluna pusu kurması nedeniyle, saldırı esnasında “K1'in ve kim olduklarını bilmemekle birlikte yanında bulunanların araç içerisinde olduğunu bildiği”ni kabul etmiştir. Bir diğer ifadeyle Ç, bulunduğu mesafe itibariyle K1'e ait olan araç içerisinde kimlerin bulunduğunu görememesine rağmen K1 ve yanında bulunanların bu araçla köye dönecekleri hususundaki tahmini doğrultusunda hareket etmiş ve bu tahmini doğru çıkmıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da bu tahminin doğru çıkmasından hareketle, olay esnasında araç içinde kimlerin bulunduğunu görmeyen Ç'nin, K1 ve yanında bulunanların araç içerisinde olduğunu bildiğini kabul etmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, bu kabule

¹⁹ Karakehya, s. 85.

²⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu çoğunluğunun görüşüne katılmayan CGK Başkanı da aynı görüşle karşı oy kullanmıştır.

dayalı olarak Ç'nin K1'in içinde bulunduğunu bildiği araca silahla ateş açtığı, bu fiili sonucunda zorunlu veya kaçınılmaz olarak ortaya çıkan tüm neticelerden sorumlu tutulması gerektiği, eylemin sonucunda **araç içinde bulunan herkesin** zarar göreceği günlük hayat tecrübelerine göre muhakkak olduğundan K2 bakımından olduğu gibi K1'e yönelik eylemi de doğrudan kastla gerçekleştirdiği sonucuna ulaşmış, 1. Ceza Dairesinin onama kararının kaldırılmasına ve ilk derece mahkemesinin kararının bozulmasına karar vermiştir.

Somut olayda Ç, saldırı esnasında K1'e ait aracı görmekle birlikte araçta kaç kişinin ve kimlerin olduğunu görmemiş ve buna rağmen araca 31 el ateş etmiştir. Ç, saldırı anında araçta kaç kişinin ve kimlerin bulunduğunu görmediği halde Yargıtay Ceza Genel Kurulu; Ç'nin, K1 ve yanında bulunanların K1'e ait araçla geri dönecekleri yönündeki düşüncesinin doğru çıkmasına dayanarak, saldırı esnasında K1'in ve yanında bulunanların araçta olduğunu bildiğini kabul etmiştir. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu Başkanının karşı oy gerekçesinde de Ç'nin "*aracın K1'e ait olduğunu bilmesine rağmen araçta kaç kişi olduğunu bilmediği*" ifade edilmiştir. Olay anında Ç araçta kimlerin ve kaç kişinin bulunduğunu görmemiştir. Buna rağmen, Ç'nin bu husustaki tahmininin doğru çıkması nedeniyle Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından konuya ilişkin bilgisinin tam olduğunun kabul edilmesini doğru bulmuyoruz. Ayrıca kanaatimizce somut olayda Ç'nin araç içinde bulunan kişilerin kimliğine ve sayısına ilişkin bilgisinin varlığı veya yokluğu, failin olası kastla mı yoksa doğrudan kastla mı hareket ettiğinin tespiti açısından önem arz etmemektedir. Zira hareket halindeki bir aracın içinde kaç kişi ve kimler bulunursa bulunsun 31 el atış sonucunda araçtakilerin isabet alması muhtemel değil, muhakkak bir neticedir. Dolayısıyla Ç'nin araçta bulunan kişilerin tamamı bakımından olası kastla değil, doğrudan kastla hareket ettiği kabul edilmelidir. Bu itibarla ilk derece mahkemesi ve Yargıtay 1. Ceza Dairesinin görüşlerine iştirak etmemekteyiz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun, Ç'nin K1 bakımından doğrudan kastla hareket ettiği yönündeki görüşüne katılıyor, bu değerlendirmenin K2, O1 ve O2 bakımından da geçerli olduğunu düşünüyoruz.

B'nin yaralanması sonrasında B'nin oğlu Ç'nin X ailesine mensup herhangi birini öldürmek amacıyla memleketine dönmesi, silah ve mermi temin etmesi, memleketine döndükten sonra 15-20 gün boyunca uygun zamanı beklemesi kasten öldürme suçunun kan gütme saikiyle (TCK m. 82/1-j) ve tasarlayarak (TCK m. 82/1-a) işlenmesi nitelikli hallerine ilişkin

değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir.

Kasten öldürme suçunun kan gütme saikiyle işlenmesi nitelikli hali TCK m. 82/1-j hükmünde düzenlenmektedir. Ancak ne ilgili madde hükmünde ne de madde gerekçesinde “kan gütme” ifadesi tanımlanmıştır. Yargıtay’ın yerleşik kararlarında yapılan ve doktrindeki yazarlar tarafından da benimsenen tanıma göre; “*kan gütme: failin, daha önce öldürülen bir kimsenin intikamını almak için ilk olayın doğurduğu elem ve infial geçtikten sonra, suçlunun mensubu bulunduğu gruptan birisini veya suçluyu öldürmesi*”dir²¹. Yargıtay kararlarında kasten öldürme suçunun kan gütme saiki ile işlenmesi nitelikli halinin varlığı için aranan şartlar şunlardır:

*“a- Olaya neden olan önceki olay, ölümle sonuçlanmış olmalıdır b- Fail, önceki suçun failini veya onun mensubu bulunduğu grup ya da aileden birisini, öç alma duygusuyla ve bir görev bilinciyle öldürmelidir. c- İlk öldürülen ile ikinci suçun faili arasında kan hısımlığı şart olmayıp, suçun münhasıran kan gütme saiki ile işlenmesi yeterlidir. d- İlk öldürme olayı ile ikinci olay arasında çok kısa olmayan bir süre geçmeli, bu süre içinde fail, ilk öldürme olayından duyduğu her türlü acı, kızgınlık ve öfkeden arınarak geleneklerin etkisiyle bir görevi yerine getirme istek ve bilinciyle hareket etmelidir.”*²².

Yargıtay tarafından kan gütme saikinin koşullarından biri olarak benimsenmekle birlikte, önceki olayın ölümle sonuçlanması şartı doktrindeki bazı yazarlarca kabul edilmemektedir. Bu görüşteki yazarlara göre, ilk olayın mağduru ölmemiş olsa, kasten öldürme suçu teşebbüs aşamasında kalsa dahi, ikinci suç kan gütme saikiyle işlenebilecektir²³. Çünkü kan gütme saiki bakımından birinci suçun tamamlanamamış olması önemsizdir ve bu iki durum arasında bağlantı kurulmamalıdır²⁴. Doktrindeki çoğunluk tarafından

²¹ YCGK, 2013/530 E., 2014/1 K., 14.01.2014, YCGK, 2013/1564 E., 2013/281 K., 04.06.2013, YCGK, 1999/91 E., 1999/93 K., 04.05.1999, YCGK, 1997/25 E., 1997/61 K., 25.03.1997, YCGK, 1996/105 E., 1996/130 K., 11.06.1996, YCGK, 1991/230 E., 1991/264 K., 14.10.1991, YCGK, 1991/36 E., 1991/76 K., 11.03.1991, YCGK, 1991/1 E., 1991/41 K., 18.02.1991. Koca/Üzülmüş, Özel, s. 166, Handan Yokuş Sevrük, “Yargıtay 1. CD. Kararlarında Kasten Öldürme Suçunun Kan Gütme Saikiyle İşlenmesi” in Veli Özer Özbek (ed.), İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Günleri-I Yargıtay Ceza Dairesi Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu: 1. Ceza Dairesi Kararları, Seçkin Yayınevi, 2022, 135-177, s. 138.

²² YCGK, 2013/530 E., 2014/1 K., 14.01.2014. Bu koşullar hakkında detaylı açıklama için bkz. Yokuş Sevrük, s. 140 vd.

²³ Hakeri, s. 226.

²⁴ Hakeri, s. 246. Bu görüşler için ayrıca bkz. Yokuş Sevrük, s. 140.

savunulan ve bizim de katıldığımız görüş ise, Yargıtay uygulamasını doğru bulmaktadır. Zira kan gütme; “*kanı kanla yıkama*”, “alınan canın bedelini canla ödetme” anlayışının bir ürünüdür ve ilk olayın ölümle sonuçlanmaması halinde ortada bedeli ödetilmek istenecek bir ölüm mevcut olmadığından bu nitelikli hal uygulanmamalıdır²⁵. Bir olayda kasten öldürme suçunun birden fazla nitelikli halin birlikte gerçekleşmesi mümkündür ve esasında kan gütme saiki ve tasarlama nitelikli halleri çoğu olayda bir arada bulunmaktadır²⁶. Ancak karara konu olayda Ç’nin babası B’nin yaralanması, ölmemiş olması nedeniyle kan gütme saikinin koşulları oluşmamıştır. Olayda her ne kadar ilk derece mahkemesi hem tasarlama hem de kan gütme saiki nitelikli hallerinin oluştuğu kanaatindeyse de Yargıtay 1. Ceza Dairesi ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu isabetli olarak bir önceki olay ölümle sonuçlanmadığından somut olayda kan gütme saiki nitelikli halinin uygulanamayacağını kabul etmiştir.

Kasten öldürme suçunun tasarlayarak işlenmesi nitelikli hali TCK m. 82/1-a hükmünde düzenlenmiştir. Kanunda kan gütme saikinde olduğu gibi tasarlamanın da tanımı yapılmamıştır. Tasarlama ifadesinden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin doktrinde öne sürülen ve tasarlamanın esasını açıklayan görüşler arasında soğukkanlılık teorisi ve plan kurma teorisi öne çıkmaktadır²⁷. Soğukkanlılık teorisine göre tasarlamanın unsurları: 1) suç işleme kararı ile harekete geçme arasında bir zaman geçmiş olması ve 2) failin soğukkanlılıkla hareket etmesidir²⁸. Bu görüşe taraf olanlar²⁹, tasarlama halinde faile verilen cezada artırımı gidilmesinin nedeninin failin soğukkanlılıkla hareket etmesi olduğunu savunurlar. Plan kurma teorisine göre de tasarlama söz edilebilmesi için suç işleme kararı ile harekete geçme arasında bir zaman geçmesi gerekmektedir ancak buna ek olarak failin bu zaman zarfı içinde suçun işleneceği yeri, zamanı, suçun işleniş şeklini, suçun işlenmesinde

²⁵ Koca/Üzülmez, Özel, s. 166-167, Yokuş Sevik, s. 141.

²⁶ Yokuş Sevik, s. 155-156.

²⁷ Tasarlama ile ilişkin görüşlerin tamamı ve bunlar hakkında detaylı bilgi için bkz. Hakeri, Hakan, *Kasten Öldürme Suçları TCK 81-82-83*, 2. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 213-214, Burak Kılıç, “Suçun Manevi Unsuru Olarak Amaç ve Saik”, *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2020, s. 62-66, Erdal Yerdelen/Mehmet Beyhan Seçkin, “Tasarlayarak Öldürme Suçunda Özel Durumlar ve Yargıtay Yorumu”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2016, 11(32), 29-61, s. 37-40.

²⁸ Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 8. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 150, Berrin Akbulut, “Kasten Öldürme Suçunun Nitelikli Halleri (TCK m. 82)”, *Adalet Dergisi*, 2020, 2(65), 99-165, s. 110.

²⁹ Bkz. Tahir Taner, *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1953, s. 321.

kullanılacak araçları belirlemesi ve suçu nasıl işleyeceğini planlayarak fiili gerçekleştirmesi aranmaktadır³⁰. Plan kurma teorisine göre, ana hatlarıyla bir plan yapılmış olması yeterlidir ve önem arz etmeyen hususların planlandığı gibi gerçekleşmemiş olması tasarlamanın varlığını ortadan kaldırmaz³¹. Doktrinde çoğunluk tarafından plan kurma görüşü benimsenirken³², Yargıtayın bu teorilerden birini veya her iki teoriyi bir arada uyguladığı kararlar bulunmaktadır³³. Yerleşik Yargıtay uygulamasına bakıldığında somut olayda tasarlamanın varlığından bahsedilebilmesi için:

“Failin, bir kimsenin vücut bütünlüğü veya yaşam hakkına karşı eylemde bulunmaya sebatla ve koşulsuz olarak karar vermiş olması, düşünüp planladığı suçu işlemeden önce makul bir süre geçmesine ve ulaştığı ruhi sükûnete rağmen bu kararından vazgeçmeyip sebat ve ısrarla fiilini icraya başlaması ve gerçekleştirmeyi planladığı fiili, belirlenmiş kurgu dâhilinde icra etmesi”

aranmaktadır³⁴.

Kasten öldürme suçunun tasarlayarak işlenmesi nitelikli halinin

³⁰ Koca/Üzülmez, Özel, s. 150.

³¹ Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/ İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 117.

³² Plan kurma teorisine taraf olanlar için bkz. Dönmezer/Erman, s. 496, Durmuş Tezcan/ M. Ruhan Erdem/ Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 11. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 155, M. Emin Artuk/Ahmet Gökçen/M. Emin Alşahin/Kerim Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 122, Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 117.

³³ Yargıtayın soğukkanlılık teorisini, plan kurma teorisini ve her iki teorinin unsurlarını birlikte uyguladığı karar örnekleri için bkz. Coşkun Koç, “Ceza Hukuku Bağlamında Tasarlamanın Niteliği Sorunu”, İzmir Barosu Dergisi, 2020, 85(1), 175-203, s. 187-191, Gizem Dursun Özdemir, “1. CD., Kararları Işığında Kasten Öldürme Suçu Bakımından Tasarlama Nitelikli Haline İlişkin Bir Değerlendirme” in Veli Özer Özbek (ed.), İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Günleri-I Yargıtay Ceza Dairesi Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu: 1. Ceza Dairesi Kararları, Seçkin Yayınevi, 2022, 247-267, s. 253-258.

³⁴ “Yerleşik yargısal kararlarda kabul edildiği ve tereddütsüz bir şekilde uygulandığı üzere, tasarlama söz edilebilmesi için; “Failin, bir kimsenin vücut bütünlüğü veya yaşam hakkına karşı eylemde bulunmaya sebatla ve koşulsuz olarak karar vermiş olması, düşünüp planladığı suçu işlemeden önce makul bir süre geçmesine ve ulaştığı ruhi sükûnete rağmen bu karardan vazgeçmeyip sebat ve ısrarla fiilini icraya başlaması ve gerçekleştirmeyi planladığı fiili, belirlenmiş kurgu dâhilinde icra etmesi” gerekmektedir. Nitekim Ceza Genel Kurulunun 16.04.2013 tarihli ve 3-144 sayılı, 26.06.2012 tarihli ve 67-258 sayılı, 12.06.2012 tarihli ve 560-227 sayılı, 25.01.2011 tarihli ve 122-7 sayılı, 16.02.2010 tarihli ve 251-25 sayılı, 02.02.2010 tarihli ve 239-14 sayılı, 15.12.2009 tarihli ve 200-290 sayılı, 03.10.2006 tarihli ve 30-210 sayılı, 13.11.2001 tarihli ve 239-247 sayılı ile 28.04.1998 tarihli ve 117-155 sayılı kararları da bu doğrultudadır.” (YCGK, 2018/549 E., 2022/250 K., 07.04.2022).

uygulanabilmesi için, tasarlamanın belirli bir kişiye ilişkin olması gerekir. Belirli olmayan kişi veya kişilere karşı öldürmeye yönelik plan yapılması halinde tasarlama söz edilemez³⁵. Ancak kanaatimizce inceleme konusu Yargıtay kararına konu olayda olduğu gibi aralarında husumet bulunan iki aile söz konusu ise ve fail, hasım olan aile üyelerinden herhangi birini öldürmeye yönelik plan yapmışsa, mağdurun gayrimuayyen olduğundan bahisle tasarlama nitelikli halinin uygulanmasından kaçınılmamalıdır³⁶. Bir başka ifadeyle, hasım aileden olan herhangi birini öldürmeyi planlayan fail, hangi aile üyesinin öleceğini net olarak belirlememiş olsa da belirli ölçüde mağdurun kimliğini kararlaştırmıştır. Fail, herhangi bir insanı değil, hasım aile üyesi olan bir kişiyi öldürmek istemekte ve planını buna göre yapmaktadır. Aile üyelerini takip etmekte, istediği neticeye ulaşamama riskini en aza indirmek adına aile üyelerinin bir arada bulunduğu aracı silahla tarayarak fiilini icra etmektedir. Dolayısıyla böyle bir durumda tasarlamanın şartları gerçekleşmiştir. Nitekim karara konu olayda tüm merciler, belirli bir kişiye yönelik olmayıp hasım aileye mensup üyelerden herhangi birini öldürmek amacıyla gerçekleştirilen saldırı bakımından tasarlama nitelikli halinin uygulanacağı yönünde karar vermişlerdir. Bir diğer ifadeyle somut olay özelinde failin mağdurun kim olacağına ilişkin net bir belirleme yapmamış olmasını tasarlama nitelikli halinin uygulanmasına engel olarak görmemişlerdir.

Yapılan açıklamalar ışığında somut olayda Ç'nin kasten öldürme suçunun

³⁵ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 122, dn. 18. Yazarlar “Yarg. 1. CD, 2010/5831 E., 2012/2774 K., 11.04.2012” künyeli karara atf yaparak Yargıtay uygulamasının da bu yönde olduğunu tespit etmişlerdir: “Sanıkların uygun gördükleri bir minibüs sürücüsünü yağmalamak konusunda anlaşmışları, minibüs sürücüsünün kimliğinin belli olmadığı, kimliği belirsiz olan şahsa karşı tasarlama hükümlerinin uygulanamayacağını gözetilmemesi”.

³⁶ Aynı yönde bkz. Yerdelen/Seçkin, s. 53. Yazarlar “Yarg. 1. CD., 2013/5798 E., 2014/201 K., 23.01.2014” künyeli karara atf yaparak Yargıtay uygulamasının da bu yönde olduğunu tespit etmişlerdir: “Sanıklar ve suça sürüklenen çocuğun, Y., C. ve E. ailelerinin kendi mallarına el koyacaklarını ve kendilerine kötülük yapacaklarını düşünerek ayırım yapmaksızın bu aileden olan herkesi öldürmeye olaydan bir gün önce karar verdikleri, olay günü yaptıkları plan doğrultusunda hareket ederek bu üç aileye mensup kişileri kadın ve erkek ayırımı yapmaksızın çalıştıkları bahçelerinde, evlerinin önünde veya evlerinin içine ateş etmek suretiyle bir kısmını öldürüp, bir kısmını da öldürmeye teşebbüs ettikleri, bu ailelerin misafirini ve yanında çalışan işçilerini dahi yaraladıkları, kayısı bahçesinde çalışan İ. E..’i vurup öldürdükten sonra İbrahim’in torunu olduğunu bildikleri küçük Ahmet’i de hasım bildikleri ailenin mensubu olması nedeniyle öldürdükleri anlaşılmalı, sanık Haşim’in maktul Ahmet’e yönelik eylemine uyan TCK’nun 82/1-a-e maddesi uyarınca cezalandırılması yerine, maktulü tesadüfen olay yerinde olması nedeniyle anlık gelişen kasıtlı öldürdüklerinden bahisle suçun nitelendirilmesinde hataya düşülerek yazılı şekilde TCK’nun 82/1-e maddesi uyarınca cezalandırılmasına karar verilmesi...”.

tasarlayarak işlenmesi nitelikli haline göre sorumlu tutulması gerekmektedir. Ç, X ailesi mensubu birinin babası B'yi yaralaması ve sonrasında ailesinin kan bedeli yerine öne sürdüğü koşulları gerçekleştirmemeleri üzerine X ailesine mensup herhangi birini öldürmeye karar vermiş, bu kararını gerçekleştirmek için gerekli araçları temin etmiş, X ailesinin yaşadığı köye giderek burada 15-20 gün boyunca uygun şartların oluşmasını beklemiş, bu süre içinde suç işleme kararından vazgeçmemiştir. Olay günü X ailesine mensup K1, K2, O1 ve O2'nin araçlarıyla köy dışına çıktıklarını görmesi üzerine, köye geri döneceklerini düşünerek dönüş yoluna pusu kurmuş, atış menziline girmeleri sonrasında 31 el ateş ederek söz konusu aracı taramıştır. Ancak Ç, ateş ettiği esnada araçta kimlerin olduğunu görmemiştir. Ç'nin dönüş yolunda da araçta K1, K2, O1 ve O2 bulunacağı yönündeki düşüncesinin gerçeklikle bağdaşmaması halinde suçun nitelikli unsurlarında hata söz konusu olur ve tasarlama nitelikli halinden sorumlu tutulamazdı. Fakat karara konu olayda Ç'nin düşüncesi doğru çıkmış ve dönüş yolunda da araç içerisinde K1, K2, O1 ve O2'nin bulunduğuna ilişkin tasavvuru gerçeklikle bağdaşmıştır. Dolayısıyla karara konu olay bakımından bir hata hali söz konusu değildir ve tasarlama nitelikli halinin uygulanması önünde hiçbir engel bulunmamaktadır. Sonuç olarak Ç'nin tüm bu fiilleri, olayda tasarlamanın unsurlarının oluştuğunu göstermektedir.

Somut olayda Ç'nin atışları sonucunda K2 ölmüş, K1, O1 ve O2 ise isabet almaksızın kurtulmuştur. Ayrıca araç sadece bir kez isabet almıştır. Bu durumda Ç, K2 bakımından kasten öldürme suçunun tasarlayarak işlenmesi nitelikli halinden sorumlu tutulur. K1, O1 ve O2 bakımından ise kasten öldürme suçunun tasarlayarak işlenmesi nitelikli haline teşebbüsten sorumlu tutulacaktır. Zira 14 yaşında bir çocuk olan Ç'nin elverişli hareketlerle fiilin icrasına başlamış olmasına rağmen, iyi nişan alamaması, tecrübesiz olması gibi elinde olmayan nedenlerle isabet kaydedemeyerek neticeyi gerçekleştirememesi durumu suçun teşebbüs aşamasında kaldığını göstermektedir (TCK m. 35/2).

Sonuç olarak kanaatimizce mercilerin Ç'nin K2'ye yönelik olarak kasten öldürme suçunun tasarlayarak işlenmesi nitelikli halinden sorumlu tutulacağına yönelik kararı isabetlidir. K1'e yönelik fiili bakımından ise Ç'nin doğrudan kastla hareket ettiği ve kasten öldürme suçunun tasarlayarak işlenmesi nitelikli haline teşebbüsten sorumlu tutulması gerektiği yönündeki Yargıtay Ceza Genel Kurulu görüşüne iştirak etmekteyiz. Ancak kanaatimizce somut olayda Ç, O1 ve O2'ye yönelik olarak da bu şekilde sorumlu tutulmalıydı.

Ç'nin O1 ve O2'ye karşı işlediği fiiller bakımından beraat kararı verilmesini hatalı buluyoruz.

Eklemek gerekir ki kararda B'nin Ç'yi azmettirdiğine ilişkin yeterli açıklamaya yer verilmediğinden B'nin sorumluluğuna ilişkin detaylı değerlendirme yapılamamıştır. Bununla beraber B, şartların gerçekleşmiş olması halinde TCK m. 38 hükmü uyarınca kasten öldürme suçunun tasarlayarak işlenmesine azmettiren olarak şerik sıfatıyla iştirak etmesi dolayısıyla cezalandırılacaktır. B'nin Ç'yi azmettirdiği fiil, X ailesinden belirli bir kişiyi öldürmesi olduğu halde Ç azmettirme sınırını aşmışsa ve bu sınır aşımı B bakımından öngörülebilir değilse, B azmettirme sınırı dışında gerçekleşen neticelerden sorumlu tutulmayacaktır. Ancak B, Ç'nin planını biliyorsa bu durumda araçtaki diğer kişiler bakımından da B'nin sorumluluğu söz konusu olur. Ayrıca B, olay tarihinde çocuk yaşta olan oğlu Ç'yi suça azmettirmiş olduğundan TCK m. 38/3 hükmü dolayısıyla cezasında artırımı gidilecektir. Belirtmek gerekir ki Ç, çocuk olduğundan B ile aralarında üstsoy altsoy ilişkisi olmasa dahi B'nin cezasında artırımı gidilecektir.

2) Olayda babasının yaralanması olayının intikamını almak isteyen Ç bakımından haksız tahrik hükümleri uygulanabilir mi?

Tasarlama ile haksız tahrikin bir arada bulunup bulunamayacağı doktrinde tartışılmıştır. Soğukkanlılık teorisine taraf olanlar, bir olayda haksız tahrikin varlığı halinde tasarlama bahsedilemeyeceğini, zira hiddet veya şiddetli elem etkisi altında olan bir kişinin soğukkanlı davranamayacağını kabul ederler³⁷. Plan kurma teorisine taraf olanlara göre ise maruz kaldığı haksız fiil nedeniyle hiddet ve şiddetli elem duyan bir kişi, suç işleme kararı ile icraya başlama arasında geçen zamanda suçu nasıl işleyeceğini planlayabilecektir. Bizim de taraf olduğumuz ve Türk doktrininde çoğunluk tarafından kabul edilen görüş, somut olay kapsamında koşulları gerçekleşmişse haksız tahrik ve tasarlamanın bir arada bulunabileceği yönündedir³⁸.

Somut olayda Ç'nin babası B'yi yaralayan kişi X ailesi üyelerinden S'dir. S'nin gerçekleştirdiği fiilin haksız bir fiil olduğu ve Ç üzerinde hiddet

³⁷ Bu görüşte bkz. Taner, s. 447.

³⁸ Bu görüşte bkz. Özgenç, s. 529-530, Koca/Üzülmez, Özel, s. 152-153, Akbulut, Kastan Öldürme, s. 115, Dönmezer/Erman, s. 496, Sulhi Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 15. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 1998, s. 54, Yerdelen/Seçkin, s. 62, Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 266, Tezcan/Erdem/Önok, s. 157, Dursun Özdemir, s. 258, Koç, s. 193, Kılıç, s. 67.

ve şiddetli elem meydana getirdiği açıktır. Ancak haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi için failin suçu haksız fiili işleyen kişiye karşı işlemesi gerekmektedir³⁹. Karara konu olayda ise Ç, haksız fiili gerçekleştiren S'ye karşı değil, X ailesi mensubu olan diğer bireylere karşı suç işlediğinden haksız tahrik hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.

3) Somut olayın aşağıdaki ihtimallere göre gerçekleşmiş olması halinde ceza sorumluluğunun tespiti nasıl yapılır?

1. İhtimal: Ç, X ailesine mensup herhangi birini öldürmek istemektedir. Ç, X ailesine mensup K1, K2, O1 ve O2'yi, K1'e ait araca binip şehre giderlerken görmüştür. K1, K2, O1 ve O2 köye dönerlerken Ç, araçta K1, K2, O1 ve O2'nin bulunduğunu görmüş ve araca doğru 31 el ateş etmiştir. Yapılan atışlar sonucunda K2 ölmüş, diğerleri isabet almamıştır.

YCGK kararına konu olan olay ile **1. İhtimal** birbirinden farklıdır. Şöyle ki YCGK kararına konu olayda Ç dönüş yolunda K1'in aracına ateş ettiği esnada araçta kimlerin ve kaç kişinin bulunduğunu görmemiştir. **1. İhtimalde** ise Ç'nin, ateş ettiği esnada araçtaki kişilerin kimler olduğunu gördüğü belirtilmiştir. Ancak bu farklılık, **1. İhtimalde** Ç'nin sorumluluğu bakımından farklı bir değerlendirme yapılmasını gerektirmez. Zira Ç'nin tasavvuru ile gerçek birbiriyle uyumludur. Ayrıca yukarıda da ifade edildiği üzere Ç'nin X ailesine mensup kişilerden sadece birini öldürmek istemesinin bir önemi yoktur. Zira Ç'nin araçta X ailesine mensup 4 kişi olduğunu bildiği halde araca seri şekilde 31 el ateş etmesi halinde, araçta bulunan kişilerin tamamı bakımından ölüm neticesinin gerçekleşmesi muhakkak bir sonuçtur. Ç, doğrudan kastla hareket etmektedir.

Ç, X ailesine mensup belirli bir kişiyi değil, herhangi bir kişiyi öldürmeyi amaçlamaktadır. Ancak bu durum tasarlamının koşullarının gerçekleşmediği anlamına gelmez. Somut olayda Ç, düşman aileye mensup olan birini öldürmek için gerekli araştırmaları yapmış, suçun icrasında kullanacağı araçları belirlemiş ve temin etmiş, suç planını yapmış ve planına uygun bir şekilde hareket etmiştir. Ayrıca araçta X ailesine mensup 4 kişi olduğunu bilmesine rağmen bunlardan birini öldürme amacına ulaşması ihtimalini arttırmak, bir diğer ifadeyle ulaşmak istediği neticenin gerçekleşmeme riskini en aza indirmek adına araca 31 el ateş etmiştir. Dolayısıyla **1. İhtimalde** Ç'nin, K2

³⁹ Özgenç, s. 524, Koca/Üzülmez, Genel, s. 366, Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 414-415.

bakımından kasten öldürme suçunun tasarlayarak işlenmesi nitelikli halinden, K1, O1 ve O2 bakımından kasten öldürme suçunun tasarlayarak işlenmesi nitelikli haline teşebbüsten sorumluluğu yoluna gidilir.

2. İhtimal: Ç, X ailesine mensup K1, K2, O1 ve O2'yi öldürmek istemektedir. Bu kişilerin K1'in aracına binip şehre gittiğini görmesi üzerine, köye döneceklerini düşünerek dönüş yoluna pusu kurmuş ve araca 31 el ateş etmiştir. Ancak yaptığı atışlar sonucunda sadece K2 ölmüş, diğerleri herhangi bir yara almamıştır.

YCGK kararına konu olan olayda Ç, araçta bulunan ve X ailesine mensup olan kişilerden yalnızca birini öldürmek isterken, 2. İhtimalde araçta bulunan ve X ailesine mensup olan kişilerin tamamını öldürmek istemektedir. Ancak bu farklılık da Ç'nin sorumluluğuna ilişkin farklı bir değerlendirmede bulunulmasını gerektirmez. Zira bu durumda da Ç'nin tasavvuru ile realite arasında bir farklılık bulunmamaktadır ve hareket halindeki bir araca 31 el ateş eden bir kişinin araçtaki kişilerin yalnızca birini öldürmek istemesiyle (1. İhtimal ve YCGK kararına konu olan olay) araçtaki kişilerin tamamının ölmesini istemesi (2. İhtimal) arasında kast bakımından bir fark bulunmamaktadır. Her iki ihtimalde araçta kaç kişi bulunursa bulunsun bu kişilerin ölmesi muhtemel değil, muhakkak bir neticedir ve fail doğrudan kastla hareket etmektedir.

2. İhtimalde Ç, araçtaki kişilerin tamamını öldürmek istemiş ancak araca 31 el ateş etmesine rağmen bu kişilerden sadece K2 ölmüştür. Bu durumda Ç, K2 bakımından kasten öldürme suçunun tasarlayarak işlenmesi nitelikli halinden, K1, O1 ve O2 bakımından kasten öldürme suçunun tasarlayarak işlenmesi nitelikli haline teşebbüsten sorumlu olur.

3. İhtimal: X ailesine mensup herhangi birini öldürmek isteyen Ç, bu aileye mensup K1, K2, O1 ve O2'yi K1'e ait araca binip şehre giderlerken görmüştür. O1 ve O2 şehirde kalmıştır. Köye dönerken araçta K1, K2 ve X ailesine mensup olmayan M1 ve M2 bulunmaktadır. Ç, 31 el ateş ettiği sırada araçtaki kişilerin kimliği ve sayısını bilmemektedir. Yapılan atışlar sonucunda M1 ölmüş, diğerleri isabet almamıştır.

3. İhtimalde X ailesinden herhangi birini öldürmek isteyen Ç'nin K1'e ait aracı hedef alarak 31 el ateş ettiği esnada araçta kaç kişinin bulunduğunu bilmiyor olsa da doğrudan kastla hareket ettiğini kabul etmek gerekir. Zira bir araca 31 el ateş edilerek taranması halinde, o araçtaki kişilerin ölmesi - kimliği ve sayısı ne olursa olsun- muhtemel değil muhakkak bir neticedir.

Ç, dönüş yolunda da araçta K1, K2, O1 ve O2 olacağı düşüncesiyle hareket ederek aracı taramıştır. Oysa **3. İhtimalde** Ç'nin düşündüğünün aksine dönüş yolunda araçta O1 ve O2 yerine X ailesi mensubu olmayan M1 ve M2 bulunmaktadır. Ç'nin araçtaki kişilerin kimliğine ilişkin bu bilgisizliği tasarlama nitelikli halinin uygulanabilirliği bakımından dikkate alınmalıdır. Failin hataya düşerek tasarlayarak öldürmek istediği kişiden başkasını öldürmesi halinde tasarlama nitelikli halinin uygulanıp uygulanamayacağı konusunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre tasarlamanın nitelikli hal olarak kabul edilme sebebi, mağdurun kimliği veya fail ile arasındaki ilişki değil, fiilin işleniş şekli olduğundan tasarlama fiile bağlı bir nitelikli haldir ve dolayısıyla fail mağdurun kimliğinde yanılmış olsa da tasarlama nitelikli hali uygulanır⁴⁰. Diğer bir görüşe göre tasarlama şahsa bağlı bir nitelikli haldir, failin kişiliğinden kaynaklanan subjektif bir durumdur ve kastın ileri bir derecesini oluşturur⁴¹. Mağdurun kimliği ile tasarlamanın bir ilgisi bulunmadığından, failin bu hususta hataya düşmesi tasarlama nitelikli halinin uygulanmasına engel olmaz⁴². Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, fail bir nitelikli hal ile ilgili olarak hataya düştüğünde bu nitelikli halin fiile ilişkin mi yoksa şahsa ilişkin mi olduğuna dair bir araştırmaya gidilmesi gerekmemektedir. Çünkü “fiile bağlı nitelikli hal-şahsa bağlı nitelikli hal” ayrımı 765 s. TCK'nın benimsediği sisteme ait bir ayrımdır ve 5237 sayılı TCK'da böyle bir tasnife gidilmemiştir⁴³. Ayrıca nitelikli hallerde hataya ilişkin TCK m. 30/2 hükmünde de fiile bağlı-şahsa bağlı nitelikli hal ayrımı yapılmaksızın, nitelikli hallerde hataya düşen kişinin bu hatasından yararlanacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla mağdurun kimliğinde yanılan failin tasarlayarak öldürmek istediği kişiden başkasını öldürmesi durumunda tasarlama nitelikli haline dayanılarak cezasında artırım yapılamaz⁴⁴. Nitekim mağdurun kimliğinde yanılarak tasarlayarak öldürmeyi planladığı kişiden bir başkasını öldüren failin, gerçekte öldürdüğü kişiye yönelik bir tasarlama

⁴⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s. 158, Hakeri, s. 219.

⁴¹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 121, 123, Dönmezer/Erman, s. 564, Dönmezer, s. 54-55, Akbulut, Kasten Öldürme, s. 113-114.

⁴² Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 123, Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 266, Dönmezer/Erman, s. 564-565.

⁴³ Özgenç, s. 644 vd.

⁴⁴ Koca/Üzülmez, Özel, s. 152, Ersin Turan/Cengiz Otacı, Genel Hükümlerle Bağlantılı Olarak Kasten İnsan Öldürme Suçları, 3. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 685, Kılıç, s. 69-70, Kurt, s. 132-133.

kastı bulunmamaktadır⁴⁵. Kasten öldürme suçunu tasarlayarak işleyen fail bakımından mağdurun kimliğinin bütünüyle önemsiz olduğu söylenemez. Fail yaptığı plan kapsamında herhangi birini değil, gerçekte öldürmek istediği kişi kimse onu hazırlıksız yakalamak ve ona kendini savunma imkanı ve yaşama şansı tanımadan ölüm neticesine ulaşmak istemektedir⁴⁶.

3. İhtimalde Ç, dönüş yolunda araçta O1 ve O2'nin bulunduğunu zannetmektedir, oysa araçta onların yerine M1 ve M2 bulunmaktadır. Ç, TCK m. 30/2 hükmü gereği düştüğü bu hatadan faydalanacaktır. K1 ve K2'ye karşı kasten öldürme suçunun tasarlayarak işlenmesi nitelikli haline teşebbüs sorumlu tutulurken, M1 bakımından kasten öldürme suçunun temel şeklinden, M2 bakımından ise kasten öldürme suçunun temel şekline teşebbüsten sorumlu tutulacaktır.

4. İhtimal: X ailesi üyelerinden herhangi birini öldürmek isteyen Ç, K1'in araçla şehre gittiğini görüp dönüş yoluna pusu kurmuştur. K1 şehir merkezinden X ailesine mensup T'yi alarak köye dönmüştür. Ç, araçta K1 ve T'nin olduğunu görmüş ancak T'nin X ailesine mensup olduğunu bilmediğinden, onun K1'in bir arkadaşı olduğunu düşünmüştür. Ç'nin yaptığı 31 el ateş sonucunda T ölmüş, K1 isabet almamıştır.

Önceki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere **4. İhtimalde** Ç'nin araçta K1 ve T'nin bulunduğunu görerek 31 el ateş etmesi nedeniyle doğrudan kastla hareket ettiği ve K1 bakımından kasten öldürme suçunun tasarlayarak işlenmesi nitelikli haline teşebbüsten sorumlu tutulacağı açıktır. Ancak T bakımından tasarlama nitelikli halinin uygulanıp uygulanamayacağının belirlenmesi gerekmektedir.

Somut olayda mevcut olan ve fakat fail tarafından bilinmeyen bir nitelikli unsurun faile yüklenmesi mümkün değildir⁴⁷. Ç, T'nin X ailesine mensup biri olduğunu bilmediği için, nitelikli hallere ilişkin hatasından faydalanır ve tasarlama nitelikli halinden sorumlu tutulmaz. Nitekim T'ye yönelik bir tasarlama kastı da söz konusu değildir. Dolayısıyla Ç, K1 bakımından kasten öldürme suçunun tasarlayarak işlenmesi nitelikli haline teşebbüsten, T bakımından kasten öldürme suçunun temel şeklinden ayrı ayrı cezalandırılır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki X ailesine mensup herhangi bir kişiyi

⁴⁵ Koca/Üzülmez, Özel, s. 152.

⁴⁶ Akbulut, Kasten Öldürme, s. 112, Koca/Üzülmez, Özel, s. 152.

⁴⁷ Kurt, s. 127.

öldürmek istediği ve nihayetinde de bunu gerçekleştirdiği düşüncesiyle Ç'nin yalnızca T'ye yönelik olarak tasarlayarak öldürmeden sorumlu tutulması kabul edilebilir bir çözüm şekli değildir.

5.İhtimal: X ailesine mensup herhangi birini öldürmek isteyen Ç, bu aileye mensup K1, K2, O1 ve O2'yi K1'e ait araca binip şehre giderlerken görmüş ve dönüş yoluna pusu kurmuştur. K1'in aracının Ç'nin atış menziline girdiği esnada tesadüfen aynı yoldan bir başka araçla yine X ailesine mensup K3 ve K4 geçmektedir. Ç eline geçen fırsatı kaçırmamak adına hedef gözetmeksizin 31 el ateş eder. K2 ve K3 ölür.

5. İhtimalde Ç'nin tasarlaması belirli bir kişiye (K1, K2, O1 veya O2) yönelik olduğu halde, fiil gerçekleştirildiği esnada olay yerinde başka kişiler de (K3, K4) bulunmaktadır. X ailesine mensup herhangi bir kişiyi öldürmek isteyen Ç'nin kurduğu plan yalnızca K1'e ait araçta bulunan K1, K2, O1 ve O2'ye yöneliktir. Ancak ateş ettiği sırada olay yerinden tesadüfen K3 ve K4 geçmiş ve Ç fırsatı kaçırmamak adına hedef gözetmeksizin 31 el ateş etmiştir. Bu durumda olay yerinde bulunanların tamamı bakımından ölüm neticesinin gerçekleşebileceği kesin olarak öngörülebilir olduğu halde fiilini gerçekleştiren Ç, K3 ve K4 bakımından da doğrudan kastla hareket etmektedir. Fakat bu kişiler bakımından tasarlama nitelikli halinin koşulları gerçekleşmiş değildir. Çünkü Ç, X ailesine mensup herhangi bir kişiyi öldürmek istemiş ve sonuç olarak bunu başarmış olsa da kurduğu planı yalnızca K1'e ait araçta bulunan K1, K2, O1 ve O2'ye yönelik olduğundan olay yerinden tesadüfen geçmekte olan K3 ve K4 bakımından bir tasarlama kastı bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu ihtimalde Ç, K2 bakımından kasten öldürme suçunun tasarlayarak işlenmesi nitelikli halinden, K1, O1 ve O2 bakımından kasten öldürme suçunun tasarlayarak işlenmesi nitelikli haline teşebbüsten, K3 bakımından kasten öldürme suçundan, K4 bakımından ise kasten öldürme suçuna teşebbüsten sorumlu olur.

Nitekim Yargıtay kararlarında da failin tasarladığı fiili işlediği sırada olay yerinde tesadüfen bulunan diğer kişilerin ölmesi halinde tasarlama nitelikli hali uygulanmamakta, kasten öldürme suçunun temel şeklinden hüküm kurulmaktadır⁴⁸.

⁴⁸ Akbulut, Kasten Öldürme, s. 114. “...sanık ... kullandığı araçta ... ve ... bulunduğu halde müzikholün önünden geçtikleri sırada otomatik tüfekle iş yerinin önünde bulunanları da görmesine rağmen doğrudan hedef almak suretiyle ... tarafından seri atışlar yapıldığı, bu esnada müzikholde çalışan maktul ... kafasına isabet eden mermi ile öldüğü...”

ca)- Tasarlamının varlığı için, belli bir kişiye yönelik önceden alınan bir öldürme kararı bu-

6. İhtimal: Ç, yalnızca K1'i öldürmek istemektedir. K1, K2, O1 ve O2'nin K1'e ait araçla köye döneceğini öğrenmesi üzerine dönüş yoluna pusu kurar. Aracın atış menziline girmesiyle 31 el ateş eder. Yaptığı atışlar sonucunda K1 yaralanır, K2 ölür, O1 ve O2 ise isabet almadan kurtulur.

6. İhtimalde Ç, X ailesine mensup olan kişilerden yalnızca K1'i öldürmek istemektedir. Ancak kurduğu plan kapsamında araçta K1'in yanı sıra K2, O1 ve O2'nin de bulunacağını bilmektedir. Nitekim araç atış menziline girdiğinde araçta K1, K2, O1 ve O2'nin bulunduğunu bildiği halde araca 31 el ateş etmiştir. Dolayısıyla araçtakilerden yalnızca birini öldürmek istiyor olması, doğrudan kast yerine olası kastla hareket ettiği anlamına gelmez. Ayrıca yine yalnızca K1'i öldürmek istiyor olsa da araçta K1, K2, O1 ve O2'nin olduğunu bildiği halde ulaşmak istediği neticeyi riske atmamak adına aracı taramayı planlandığından araçtaki kişilerin tamamına yönelik olarak tasarlama nitelikli halinin şartları gerçekleşmiştir. K2 bakımından kasten öldürme suçunun tasarlayarak işlenmesi nitelikli halinden, K1, O1 ve O2 bakımından kasten öldürme suçunun tasarlayarak işlenmesi nitelikli haline teşebbüsten sorumlu tutulacaktır⁴⁹.

lunması, karar ile eylem arasında belli bir zaman geçmesi, geçen zaman zarfında failin ruhi dinginliğe ulaşmasına rağmen kararında sebat ve ısrar göstererek eylemi gerçekleştirmesi gerektiği, ancak somut olayda maktul ...'ya yönelik olarak önceden verilmiş bir öldürme kararından söz edilemeyeceği o sırada tesadüfen işyerinin önünde bulunması nedeniyle vurulduğunun anlaşılması karşısında tasarlama unsurunun oluşmamasına bağlı olarak sanıklar hakkında TCK'nun 81/1 maddesi yerine yanlışlı değerlendirme sonucu 82/1-a maddesinin uygulanması,

cb)- Sanıkların eylemi gerçekleştirdikleri sırada, işyerinin içinde ve önünde çalışanların olduğunu gördükleri halde ateş edildiğinin anlaşılması karşısında maktul ... ölümünün eylemin kaçınılmaz ve mutlak sonucu olduğu, sanıkların doğrudan kasıtlı fiili gerçekleştirdiklerinin kabul edilmesi gerektiği ve mahkemece tasarlayarak öldürmeden hüküm kurulduğu gözetilmeden, haklarında yanlışlı değerlendirme sonucu TCK'nun 21/2 maddesinin uygulanması suretiyle eksik cezalar tayin edilmesi..." (Yarg. 1. CD., E. 2015/2687 K. 2015/4275 T. 3.7.2015). "...Suçun tasarlanarak işlendiğinin kabulü için; sanıkların belli bir kişi veya kişilere yönelik eylemi gerçekleştirmeye olay tarihinden önce karar vermeleri, kararlarında sebat ve ısrar göstermeleri, karar ile icra arasında makul bir süre geçmesinin gerektiği, somut olayda öldürülen ve öldürmeye teşebbüs edilen çocukların bir kısmının tesadüfen olay yerinde bulunduğu, çocuklara yönelik olarak eylemin planlandığına dair delil bulunmadığı nazara alındığında, sanıkların maktul ve mağdurları öldürme kararını önceden verip, bu kararda makul süre sebat ve ısrar gösterdikleri kesin delillerle ortaya konulmadığı halde, eylemin planlandığından bahsedilerek, sanıklar hakkında tasarlayarak öldürme ve öldürmeye teşebbüs suçlarından hükümler kurulması..." (Yarg. 1. CD., 2018/5740 E., 2019/5447 K., 10.12.2019).

⁴⁹ Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu, **6. İhtimale** benzer bir olayda aynı yönde karar vermiştir: "Ülke çapında ünlü bir ses sanatçısı olan katılan ...'in, şoförünü ve özel aracını sürekli

7. İhtimal: Ç, X ailesine mensup herhangi bir kişiyi öldürmek amacıyla sadece bir el ateş etmiş ve K2'yi öldürmüş, K1'i yaralamıştır.

Ç'nin sadece bir atış gerçekleştirmesi durumunda bu atışı sonucunda birden fazla kişinin zarar görmesi muhakkak değil, muhtemel bir neticedir. Dolayısıyla Ç, üzerinde isabet kaydedemediği kişiler bakımından olası kastla hareket etmektedir. Olası kast ve teşebbüsün bir arada bulunup bulunamayacağı doktrinde görüş birliği olmayan bir konudur. Bizim de taraf olduğumuz baskın görüşe göre, olası kast netice ile belirlendiğinden, gerçekleşmesi muhtemel olan neticeler, ancak gerçekleşirse faile yüklenebilir⁵⁰. Bu görüşe taraf olanlara göre, olası kast ve teşebbüs hükümlerinin bir arada uygulanması mümkün değildir. Aksi yöndeki görüş ise, olası kastla işlenen suçlar bakımından da

yanında bulundurması, yine yapacağı televizyon programları ve konserlere gelip giderken menajeri katılan ...'nin da sürekli yanında yer alması, bu hususların, katılan ... ile 1998 yılına dayanan husumeti bulunan sanık ... tarafından bilinmesi, yine sanıkların olaydan önce yaptıkları keşif sırasında da katılan ...'in, İbo Show adlı programdan sonra menajeri katılan ...'yla birlikte, şoförü katılan ...'in kullandığı siyah renkli, Mercedes marka araçla binadan ayrıldığını tespit etmeleri ve bu araca saldırı gerçekleştirmeye yönelik plan yapmaları, olaydan hemen önce de sanıklar ... ile... 'in buldukları yerden ... Plaza'nın çıkışına baktıklarında katılan ...'in yanında diğer katılanlar ... ile ...'in da Mercedes marka araca bindiklerini görmeleri karşısında, silahla saldırı eylemi esnasında katılanların üçünün de araç içerisinde olduklarının sanıklar tarafından bilindiği hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Sanık ...'in, katılanlardan sadece ...'e husumet beslemesine rağmen, sanıkların saldırıyı gerçekleştirdikleri silahın uzun namlulu otomatik tüfek olması, içinde buldukları araç ile saldırıyı gerçekleştirdikleri aracın da hareket hâlinde olması, olayın gece vakti meydana gelmesi nedeniyle katılanların içinde buldukları aracın içerisinde görülmemesi, bu nedenle hedef seçme imkânı bulunmayan sanıkların, katılanlar ... ve ...'in da araç içerisinde olduklarını bilmelerine rağmen surf katılan ...'i öldürmek amacıyla aracı hedefleyerek ateş etmeleri, saldırıda kullanılan uzun namlulu otomatik tüfekten yapılan atış sayısı, araca ve katılanlara isabet eden mermilerin yeri birlikte değerlendirildiğinde, gerçekleştirdikleri silahla saldırı eylemi neticesinde zorunlu veya kaçınılmaz olarak ortaya çıkan tüm sonuçlardan sorumlu tutulmaları gerekmektedir. Başka bir deyişle, katılan ...'in içinde bulunduğu araca otomatik tüfekle saldırı gerçekleştiren sanıkların eylemleri sonucunda, günlük hayat tecrübelerine göre araç içerisinde bulunan herkesin zarar göreceği muhakkak olduğundan sanıkların katılan ...'a yönelik eylemlerini de doğrudan kastla gerçekleştirdikleri anlaşılmaktadır.

Öte yandan, katılan ...'in saldırıdan hiç yara almadan kurtulduğu anlaşılmış ise de diğer sanıkların azmettiren sanık ... ile katılan ... arasındaki önceye dayalı husumet ve derecesi, bu husumetin diğer sanıklar ... ve ... tarafından da bilinmesi, sanıkların suçta kullandığı saldırı aletinin niteliği, atış sayısı, araca ve diğer katılanların vücuduna isabet eden mermilerin yeri, her iki aracın da hareket hâlinde olması nedeniyle belli bir kişiyi hedef alma imkânının olmaması ve sanıkların araçta bulunan üç kişiyi de öldürmeye yönelik kastlarının bölünemeyecek oluşu bir bütün olarak değerlendirildiğinde, sanıkların katılan ...'a yönelik eylemlerinin tasarlayarak kasten öldürme suçuna teşebbüsü oluşturduğu kabul edilmelidir.” (YCGK, 2015/206 E., 2019/292 K., 09.04.2019).

⁵⁰ Bu görüşte bkz. Koca/Üzülmez, Genel, s. 183-184, Dönmezer/Erman, s. 489-490, Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 271-272.

teşebbüs hükümlerinin uygulanabileceğini kabul eder⁵¹. Nitekim kanunda da teşebbüsün varlığı için kasten işlenen bir suçun icrasına başlanması aranmış, bu suçun doğrudan kastla veya olası kastla işlenmesi ihtimalleri üzerinden bir ayrıma gidilmemiştir. Ancak olası kast ve teşebbüsün bir arada bulunabileceğini kabul eden bu görüş, sorumluluk alanı önlenemeyecek ölçüde genişlettiği gerekçesiyle eleştirilmektedir.

7. İhtimalde Ç, K2 bakımından kasten öldürme suçunun tasarlayarak işlenmesi nitelikli halinden sorumludur. K1, O1 ve O2 bakımından ise tek atış sonucunda isabet kaydetmesi muhakkak değil, muhtemel bir netice olduğundan olası kast söz konusudur. Ölüm neticesi bakımından olası kastın varlığı halinde, olayda tasarlamanın varlığından söz edilemez⁵². Bir diğer ifadeyle tasarlama halinde fail doğrudan kastla hareket etmektedir. Bu nedenle **7. İhtimalde** tasarlama nitelikli hali sadece K2 bakımından uygulanabilecektir. Olası kast ise neticeye göre belirlendiğinden Ç, K1'e yönelik olarak olası kastla yaralama suçundan sorumlu tutulurken, isabet almayan O1 ve O2 bakımından ceza sorumluluğu yoluna gidilmeyecektir.

8. İhtimal: Ç, yalnızca K1'i öldürmek amacıyla bir el ateş etmiş ancak K2'yi öldürmüştür, K1'i yaralamıştır.

8. İhtimalde tasarlama belirli bir kişiye (K1) yönelik olan Ç, bu kişiyi öldürebilmek için bir el ateş etmiştir. Ancak fiil gerçekleştirildiği esnada öldürülmek istenen dışındaki kişiler de (K2, O1, O2) olay yerinde bulunmaktadır. Ç'nin gerçekleştirdiği bir atış sonucunda tasarlayarak öldürmek istediği kişi dışındakiler üzerinde isabet kaydedebilmesi muhtemel bir netice olduğundan bu kişiler bakımından olası kastla hareket ettiği kabul edilmelidir. Gerek Ç'nin olası kastla hareket ediyor olması gerekse tasarlama kastının bu kişilere yönelik olmaması nedeniyle tasarlama nitelikli hali K2, O1 ve O2 bakımından uygulanamayacaktır.

Bu itibarla **8. İhtimalde** Ç, K1 bakımından kasten öldürme suçunun tasarlayarak işlenmesi nitelikli haline teşebbüsten sorumlu tutulur. Olası kast ve teşebbüs hükümlerinin bir arada uygulanamayacağını kabul ettiğimizden, K2 bakımından olası kastla öldürmeden sorumlu tutulurken, O1 ve O2 bakımından sorumluluğu yoluna gidilmeyecektir.

9. İhtimal: Ç, X ailesi üyelerinden K1'i öldürmeye karar vermiş,

⁵¹ Bu görüşte bkz. Özgenç, s. 558-560.

⁵² Koca/Üzülmez, Özel, s. 102, Koç, s. 190. Aksi yönde bkz. Dönmezer, s. 54.

yaptığı araştırmalar sonucunda K1'in şehre gideceği tarihi öğrenmiş, köye dönüş yolunda pusu kuracağı yeri belirlemiş, suçu işlemekte kullanacağı tüfek ve mermileri temin etmiştir. Ancak bu tarihten önce K1 ile köy kahvehanesinde karşılaşmış ve o an eline geçirdiği bir bıçakla K1'i bıçaklayarak öldürmüştür.

9. İhtimalde Ç, K1'i tasarlayarak öldürmeye karar vermiş, bir plan yapmış ve bu planı gerçekleştirmek için gereken hazırlıkları da tamamlamıştır. Ancak K1 ile denk gelmesi üzerine eline geçirdiği bir bıçakla onu öldürmüştür. Bir diğer ifadeyle K1'i tasarladığı şekilde değil, uygun fırsatı yakaladığı anda öldürmüştür. Böyle bir durumda tasarlama nitelikli halinin uygulanıp uygulanmayacağı doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre⁵³, tasarlamanın varlığının kabulü için önemli suçun ne şekilde işleneceğinin ana hatlarıyla düşünülmesi, suç işleme kararı ile harekete geçme zamanı arasında failin yapacağı bunu gerçekleştirmekten vazgeçmemiş olmasıdır. Bu görüşe göre, suçun kararlaştırılan zaman veya yerden farklı bir zamanda veya yerde işlenmesi, suçta kullanılması planlanan araç dışında bir aracın kullanılması tasarlamanın varlığını ortadan kaldırmaz.

Bizim de taraf olduğumuz görüşe göre ise tasarlamanın nitelikli hal sayılmasının nedeni, failin fiilinin mağdura kendini savunma imkanı bırakmayan, onun hazırlıklı olmadığı belirli bir plan doğrultusunda işlenmesidir. Zira tasarlama ölüm neticesinin gerçekleşme ihtimali tasarlama olmaksızın icra edilen fiile göre daha yüksektir⁵⁴. Dolayısıyla fiil, plan doğrultusunda değil de ani bir kararla icra edildiyse tasarlama nitelikli halinin uygulanması mümkün değildir. Bu itibarla 9. İhtimalde Ç'nin kasten öldürme suçunun tasarlayarak işlenmesi nitelikli halinden değil, suçun temel şeklinden sorumlu tutulması gerekir.

⁵³ Dönmezer/Erman, s. 493- 494.

⁵⁴ Koca/Üzülmez, Özel, s. 151, Turan/Otacı, s. 681, 683.

KAYNAKÇA

- Akbulut B, “Kasten Öldürme Suçunun Nitelikli Halleri (TCK m. 82)”, Adalet Dergisi, 2020, 2(65), 99-165.
- Akbulut B, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, Adalet Yayınevi, 2021.
- Artuk M. E/Gökçen A/Alşahin M. E/Çakır K, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16. Bası, Adalet Yayınevi, 2022.
- Dönmezer S, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 15. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 1998.
- Dönmezer S/Erman S, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II, 14. Bası, DER Yayınevi, 2019.
- Dursun Özdemir G, “1. CD., Kararları Işığında Kasten Öldürme Suçu Bakımından Tasarlama Nitelikli Haline İlişkin Bir Değerlendirme” in Veli Özer Özbek (ed.), İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Günleri-I Yargıtay Ceza Dairesi Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu: 1. Ceza Dairesi Kararları, Seçkin Yayınevi, 2022, 247-267.
- Hakeri H, Kasten Öldürme Suçları TCK 81-82-83, 2. Bası, Seçkin Yayınevi, 2007.
- Heinrich B, Ceza Hukuku Genel Kısım-I, 1. Bası, Adalet Yayınevi, 2014.
- Karakehya H, İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast, 1. Baskı, Savaş Yayınevi, 2010.
- Kılıç B, “Suçun Manevi Unsuru Olarak Amaç ve Saik”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2020.
- Koca M/Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Seçkin Yayınevi, 2022.
- Koca M/Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Bası, Adalet Yayınevi, 2022.
- Koç C, “Ceza Hukuku Bağlamında Tasarlamanın Niteliği Sorunu”, İzmir Barosu Dergisi, 2020, 85(1), 175-203.
- Kurt E, Mağdurun Kimliğinde Yanılma ve Ceza Sorumluluğu, Yayımlanmamış

Yüksek Lisans Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2020.

Özbek V. Ö/Doğan K/Bacaksız P/Tepe İ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Bası, Seçkin Yayınevi, 2017.

Özbek, V. Ö/Doğan K/Bacaksız P, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.

Özgeç İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.

Tezcan D/Erdem M.R/Önok M, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 11. Bası, Seçkin Yayınevi, 2014.

Turan E/Otacı C, Genel Hükümlerle Bağlantılı Olarak Kasten İnsan Öldürme Suçları, 3. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.

Yerdelen E/Seçkin M. B, “Tasarlayarak Öldürme Suçunda Özel Durumlar ve Yargıtay Yorumu”, Ceza Hukuku Dergisi, 2016, 11(32), 29-61.

Yokuş Sevük H, “Yargıtay 1. CD. Kararlarında Kasten Öldürme Suçunun Kan Gütme Saikiyle İşlenmesi” in Veli Özer Özbek (ed.), İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Günleri-I Yargıtay Ceza Dairesi Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu: 1. Ceza Dairesi Kararları, Seçkin Yayınevi, 2022, 135-177.

Taner, T, Ceza Hukuku Umumi Kısım, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1953.

KARARLAR

Yarg. 1. CD, 2010/5831 E., 2012/2774 K., 11.04.2012.

Yarg. 1. CD., 2013/5798 E., 2014/201 K., 23.01.2014.

Yarg. 1. CD., 2016/2519 E., 2017/3834 K., 8.11.2017.

Yarg. 1. CD., 2018/5740 E., 2019/5447 K., 10.12.2019.

Yarg. 1. CD., E. 2015/2687 K. 2015/4275 T. 3.7.2015.

YCGK, 1991/1 E., 1991/41 K., 18.02.1991.

YCGK, 1991/230 E., 1991/264 K., 14.10.1991.

- YCGK, 1991/36 E., 1991/76 K., 11.03.1991.
YCGK, 1996/105 E., 1996/130 K., 11.06.1996.
YCGK, 1997/25 E., 1997/61 K., 25.03.1997.
YCGK, 1999/91 E., 1999/93 K., 04.05.1999.
YCGK, 2013/1564 E., 2013/281 K., 04.06.2013.
YCGK, 2013/530 E., 2014/1 K., 14.01,2014.
YCGK, 2013/530 E., 2014/1 K., 14.01.2014.
YCGK, 2015/206 E., 2019/292 K., 09.04.2019.
YCGK, 2018/549 E., 2022/250 K., 07.04.2022.

**BİRLİKTE İNTİHAR OLAYLARINDA HAYATTA KALANIN CEZAI
SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN KARAR DEĞERLENDİRMESİ:
YCGK, 2016/1323 E., 2021/314 K., 29.6.2021**

*Review Of Judgement About Criminal Responsibility Of The Survivor In
The Cases Of Joint Suicide: YCGK, 2016/1323 E., 2021/314 K., 29.6.2021*

Eda TAŞTEMÜR*

Özet

Birden fazla kişinin birlikte intihar etme girişiminde bulunduğu birlikte intihar olaylarında, bu kişilerden hayatta kalanın diğerinin ölümünden cezai anlamda sorumlu olup olmadığı tartışılmaktadır. Bu tür olaylarda kendisi de ölmeyi düşünen kişinin cezalandırılmasının gerekip gerekmediği ceza politikası açısından sorulması gereken bir sorundur. İncelenecek olan Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararına konu olayda, bir arabaya binip bu aracı nehre sürmek suretiyle birlikte intihar etmeye karar veren iki kişiden yalnızca aracı kullanan kişi hayatta kalmıştır. Bu karar inceleme çalışmasında, hayatta kalan kişinin fiilinin hangi suçu oluşturduğu, hayatta kalan kişinin diğeri olması veya her iki kişinin de hayatta kalması durumları gibi farklı olasılıklar da dikkate alınarak incelenmiştir.

***Anahtar Kelimeler:** ikili ölüm, kasten öldürme, intihara yönlendirme, talep üzerine öldürme.*

Abstract

In cases of joint suicide in which more than one person attempts to commit suicide together, it is debated whether the survivor will be criminally responsible for the death of the other person. It is a question that should be asked in terms of penal policy whether the person who plans to die, should be punished in such events. In the incident, which is the subject of the Supreme Court judgement, which will be examined in this study, only the person driving the vehicle survives among two people who decided to commit suicide together by getting in a car and driving this vehicle into the river. In this review study, the crime of the survivor will be examined, taking into account different possibilities such as the survivor being the other one or both of them being survivors.

***Keywords:** dyadic death, murder, directing suicide, killing upon request.*

* Arş. Gör., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Ankara Türkiye, e-posta: tastemur.eda@hbv.edu.tr
ORCID: 0000-0002-6914-4569

I. OLAY

A (18) ve B (15) aynı işyerinde çalışmaktadır. Her ikisinin de işyerinde romantik bir ilişki içerisinde olduğu kişilerle sorun yaşadığı ve ayrıldığı bir dönemde, sevdikleri kişilerin kendilerinden uzaklaşmasına içerleyerek birlikte intihar etmeyi düşünürler. A ailesiyle helalleştikten, B de bir intihar notu¹ hazırlayıp bunu yanına aldıktan sonra, B'nin babasına ait olan otomobile binerek bir nehir kenarına gelirler. Ön camları açık olan ve ön kapıları kilitli olmayan B'nin kullandığı araçla nehir sularına gömülürler. B arabayı sürerken A son anda “Dur!” demiş olsa da araç nehre uçar ve A hayatını kaybederken B, T'nin de yardımıyla sudan kurtulur.

II. ÇÖZÜMLENMESİ GEREKEN HUKUKİ MESELE

Olay kapsamında çözümlenmesi gereken hukuki meseleler:

1- B'nin eyleminin kasten öldürme suçunu mu yoksa intihara yönlendirme suçunu mu oluşturduğu,

2- B'nin eyleminin kasten öldürme suçunu oluşturduğunun kabulü hâlinde, B hakkında olası kast hükmünün uygulanma koşullarının oluşup oluşmadığı,

3- B'nin eyleminin tasarlayarak kasten teşkil edip etmediği,

4- Hayatta kalan kişinin A olması durumunda farklı bir sonuca ulaşıp ulaşılamayacağı,

5- A ve B'nin araçtan sağ kurtulması durumunda farklı bir sonuca ulaşıp ulaşılamayacağı şeklinde belirlenmiştir.

¹ Not şu şekildedir: “Mutlulusunuz şimdi Ben zaten yaşarken ölmüştüm bi daha ölsem nol-cokki hepinizi çok seviyorum Benim arkamdan Sakın ağlamayın üzülmeyin Ben Şimdi istediğim yerde günahkar olarak duracağım Bazen iyi Genellikle kötü günlerimiz oldu Ben zaten iyi olamadım hep kötüydüm Sadece Sevgi ilgi istiyordum bana bunu çok gördünüz Hani arabayı vermiyordunuz yo artık Şimdi arabada bende yokum mutlulusunuz Bunu okuduğunuzda inş. Ben ölmüş olurum yoksa Sizin yüzünüze bakamam bi daha Beni affedin annemi de Sakın üzme ben zamanla unutulurum zaten yaşamak, hayat, öğretti bana bunları Ben bu hayattan bunları öğrendim benim artık kimsem yok ELVEDA. ...(...)yi çok sevdi ... de ..., yi sevdi Sakın o kıza dokunmayın Ama Annesine deyinki ...gitti kızını kimse sevmeye rahatsız etmez deyinki ...a lan çocuğun Arkasından konuştu noldu o çocuk seviyodu lan ne istedi çocuğumdan deyin Ben ...yi çok sevdim Herkez kurtuldu ...yok kötü anılarını bıraktım Size ...ye deyinki ...oğlum Seni çok sevdi sevmişti OKBY”.

III. MERCİLERİN ÇÖZÜM ŞEKİLLERİ

Çözümlemesi gereken hukuki meselelere ilişkin olarak mercilerin daha dar kapsamlı yaklaşmıştır. Merciler arasında, fiilin doğrudan kastla mı yoksa olası kastla mı gerçekleştirildiği hususu temel sorun olarak belirlenmiştir. İlk derece mahkemesi, B hakkında **olası kastla öldürme** suçundan açılan kamu davasında yapılan yargılama sonucunda, eylemin **kasten öldürme suçunu** oluşturduğu kabul edilerek B'nin TCK'nın 81/1, 31/3 ve 62. maddeleri uyarınca 10 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına karar vermiş ve hüküm Yargıtay 1. Ceza Dairesince **oy çokluğuyla onanmıştır**. Daire Üyesi “*..Suça sürüklenen çocuk B ve maktulün asi, ateşli silahla birbirlerine ateş etmesi gibi mutlak ölümlerle sonuçlanabilecek bir intihar tipini seçmedikleri, aracın nehir sularına sürülmesi eyleminin mutlak suretle ölümlerle sonuçlanmasının mümkün bulunmadığı, suça sürüklenen çocuk B'nin bu olaydan sağ olarak kurtulduğu, aracın ön kapı camlarının her ikisinin de açık vaziyette olduğu hususları birlikte değerlendirildiğinde; Suça sürüklenen çocuk B'nin babasına ait aracına nehir sularına sürmesi sonucu ölümlerle sonuçlanacağını öngörebilecek konumda bulunduğu, araç ön kapılarını da açık tutmak suretiyle suda boğulmadan kurtulma ihtimalini de gözetererek sonucu öngörmesine rağmen istemediği, oluşabilecek ölümün olursa olsun mantığıyla hareket ederek fiilini olası kast altında işlediği olayda, TCK'nın 81, 21/2 ve 31/3. maddeleri ile cezalandırılması görüşünde olduğundan çoğunluk görüşünün suçun doğrudan kasıt ile işlendiğine dair Yerel Mahkemenin mahkûmiyet hükmünü onanmasına dair görüşüne açıklanan nedenlerle katılmıyorum” düşüncesiyle karşı oy kullanmıştır.*

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise eylemin, 5237 sayılı TCK'nın 81. maddesindeki kasten öldürme suçunu değil, TCK'nın 84/1. maddesi delaleti ile 84/2. fıkrasındaki suçu oluşturduğundan, hükmün bozulması yerine, aksi görüşle onanmasına karar verilmesi kanuna aykırı olduğu görüşüyle itiraz kanun yoluna başvurmuştur.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu **sanığın bulunduğu suçun hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince geliştiğinin mütalaa** olduğu, “İntihar etme kararı alan suça sürüklenen çocuk B'nin, bu karardan maktul A'ya da bahsetmesi üzerine, suça sürüklenen çocuk ve maktulün birlikte **intihar etme konusunda anlaşıp bu konuda birbirlerini teşvik ettikleri anlaşılmış ise de, intihara yönlendirme suçunun oluşabilmesi için, intihara azmettiren veya teşvik eden failin eylemleri, yalnızca bu hareketlerle sınırlı kalmalı, müntehir**

kendi yaşamına bizatihi kendi hareketiyle son vermelidir. Başka bir deyişle intihar, müntehir tarafından bizzat gerçekleştirilmelidir. Suça sürüklenen çocuk B'nin maktulle birlikte almış olduğu intihar kararı doğrultusunda sevk ve idaresindeki aracı X Nehri'ne doğru sürerek, maktulü intihara azmettirme ve teşvik etme hareketlerinin yanında, son anda intihar fikrinden vazgeçmesine rağmen aracı nehre doğru sürmeye devam etmek suretiyle **tek başına ölümü meydana getiren icra hareketini de gerçekleştirmesi**, maktulün yaşamına son verme konusundaki rızasının, üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka yönelik olmaması nedeniyle hukuken geçerli sayılmaması karşısında; suça sürüklenen çocuğun eyleminin kasten öldürme suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir” gerekçesiyle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazının reddine karar vermiştir. Çoğunluk görüşüne katılmayan bir Ceza Genel Kurulu Üyesi, sanık hakkında olası kast hükmünün uygulanma koşullarının oluştuğu düşüncesiyle karşı oy kullanmıştır.

IV. GÖRÜŞÜMÜZ

A. B'NİN EYLEMİNİN KASTEN ÖLDÜRME SUÇUNU MU YOKSA İNTİHARA YÖNLENDİRME SUÇUNU MU OLUŞTURDUĞU SORUNU

Kişilerin ölme hakkı bulunmamakta; yaşam hakkı bulunmaktadır.² Bir madalyonun iki yüzü olan yaşamın ve ölümün, herhangi biri üzerinde verilen karar diğerini etkilemektedir. Yaşam hakkı bulunduğu kabul edilen kişinin, bu hakkı üzerinde tamamen özgürce karar vererek hakkından vazgeçmesi, kendi ölümünü seçmesini gerektirmektedir. Diğer yandan hayatını kısaltacak zararlı olduğu kanıtlanmış şeyler yapması, dolaylı olarak ölümünü yaklaştıracaktır. Kişinin belli ölçüde vücuduna zarar veren şeyler yapması kabul görmekteyken hayatına son vermesi toplum tarafından tasvip edilmemektedir. Bu sebeple kişinin yaşam hakkı üzerinde mutlak bir tasarruf yetkisinin olmadığı kabul edilmektedir.³ Yaşam hakkı üzerinde tasarrufta bulunulamayacağı kabul edilmekle birlikte intihar cezalandırılabilir nitelikte bir fiil değildir.⁴ İntihara

² Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/ R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 197.

³ Sulhi Dönmezer/ Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II, 14. Bası, DER Yayınları, İstanbul, 2019, s. 315; Hasan Sınar, İntihara Yönlendirme (Özel Ceza Hukuku Cilt II Kişilere Karşı Suçlar), 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 61.

⁴ Veli Özer Özbek/ Koray Doğan/ Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 173.

teşebbüs etmesi hâlinde de kişinin cezalandırılması söz konusu olmayacaktır.⁵ İntihar edenin cezalandırılmayacağına ancak intihar girişiminde bulunup başarısız olanın cezalandırılacağına kabulü, adeta müntehirin başladığı işi bitirmesi ve kendini öldürmesi için teşvik niteliğinde olacaktır.⁶ Şu hâliyle intihar fiilleri cezalandırılmamakla birlikte intihar etmeye yönelik fiillere herhangi bir şekilde iştirak edenlerin cezalandırılması gerektiği düşüncesiyle TCK md. 84'te yer alan intihara yönlendirme suçu düzenlenmiştir.⁷ Bu düzenleme sayesinde intihara yönlendirme hareketi tipiklik kazanmaktadır. Bu suçun oluşabilmesi için intihar girişimi ile intihara yönlendirme fiilleri arasında nedensel bir bağ bulunması gerektiği kabul edilmektedir.⁸ Ancak intihar edenin iradesi üzerinde hâkimiyet kurularak dolaylı faillik yoluyla yahut fiil üzerinde fonksiyonel hâkimiyet kurularak müşterek faillik yoluyla suç işleniyorsa kişinin kendi hayatına son verme yönünde iradesi bulunsa bile intihara yönlendirmeden değil kasten öldürmeden bahsedilebilir. Yargıtay da “*intihar fiiline faillik türlerinden birisiyle iştirak edilmesi hâlinde, fiil artık intihara yönlendirme suçunu değil, kasten öldürme suçunu oluşturacaktır.* Örneğin; evinin tavanına astığı ipele intihar etmek isteyen kişi, arkadaşından altındaki sandalyeye tekme atmasını rica etse ve arkadaşı da intihar edenin o isteğini yerine getirirse, bu durumda kasten öldürme suçundan söz edilmelidir. Çünkü, bu olayda intihar etmek isteyen kişi, kendi hareketiyle kendisini öldürmemekte, bir başkasının hareketiyle öldürülmüş olmaktadır”⁹ şeklinde bu durumu kabul etmiştir.

TCK md. 84 “*başkasını intihara azmettirme, teşvik etme, başkasının intihar kararını kuvvetlendirme ve başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım etme*” şeklinde kapsayıcı olarak düzenlenmiştir. Seçimlik

⁵ TCK md. 84'ün gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir: “*Ahlaken tasvip edilmeyen bir tasarruf olan intihar veya intihara teşebbüs olgusu, bizatihi cezalandırılabilir bir davranış niteliği taşımamaktadır. Buna karşılık, bir başkasını intihara azmettiren, teşvik eden, başkasının intihar kararını kuvvetlendiren ya da başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım eden kişinin bu fiilleri cezalandırılabilir niteliktedir.*”

⁶ Canberk Keleş, Türk Ceza Hukukunda İntihara Yönlendirme Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 36.

⁷ Mahmut Koca, “İntihara Yönlendirme Suçu (TCK m. 84)”, Ceza Hukuku Dergisi, 5(12), 2010, s. 21; Özbek/ Doğan/ Bacaksız, s. 174.

⁸ Mehmet Emin Artuk/ Ahmet Gökçen/ A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2013, s. 212.

⁹ YCGK 2020/374 E., 2022/77 K., 10.02.2022, <www-lexpera-com-tr>, Erişim Tarihi 2.11.2022.

hareketlerden birinin veya birkaçının icrasıyla birlikte suç oluşacaktır. Somut tehlike suçu olan intihara yönlendirme suçu düzenlemesi gereği, maddede sayılan hareketler sebebiyle intihara teşebbüs edilmesi, suçun objektif cezalandırılabilme şartıdır.¹⁰ İnsanın kendini öldürmesi, intihar etme fiilini; öldürmeyi denemesi ancak öldürememesi hâli ise intihar girişimini oluşturur. Herkes tarafından işlenebilen intihara yönlendirme suçu, tıpkı kasten öldürme suçunda olduğu gibi yaşam hakkını koruyan bir suç olup bu iki suç yaşama son veren eylemin kim tarafından gerçekleştirildiği noktasında ayrılmaktadır. Kişinin intihar etme fiiline sağlanan katkı, şerikliğın ötesine geçiyorsa ve faillik niteliğinde olacak şekilde ölüm neticesini doğuran hareketler üzerinde hâkimiyet kuruluyorsa kasten öldürme suçu oluşacaktır.¹¹

İkili ölüm veya karşılıklı intihar olarak isimlendirilen hâllerde, birden fazla kişinin birlikte intihar etmesi söz konusudur.¹² Doktrinde bir görüş, birlikte intihara girişen kişilerin hepsinin ölmesi durumunda cezai sorumluluk oluşmazken birinin veya birkaçının hayatta kalması hâlinde de hayatta kalanın cezai anlamda sorumlu olmaması gerektiğini belirtmektedir.¹³ Diğer görüşe göre ise hayatta kalan kişinin fiilinin TCK md. 84 kapsamında intihara azmettirme, maddi veya manevi yardım etme teşkil edip etmediğinin incelenmesi gerekir.¹⁴ Ancak bu sonuca ulaşabilmek için ölen kişinin intihar sonucu hayatını kaybetmiş olması yani ölüm neticesini doğuran hareketi bizzat gerçekleştirmiş olması gerekir.¹⁵

¹⁰ İzzet Özgenç, “İhmalî Suç Teorisi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 25 (4), 2021, s. 326; Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 214; aksi yönde bu suçun bir soyut tehlike suçu olduğu, cezai sorumluluğun olağanüstü şekilde genişlemesi sorununun nedensellik bağıyla çözülebileceği görüşü için bkz. Özbek/ Doğan/ Bacaksız, s. 177-178; benzer görüş için bkz. Sınar, s. 68.

¹¹ Mahmut Koca/ İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 155-165; Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 210; Uğur Ersoy, “İntihara Yönlendirme Suçu”, TBB Dergisi, Sayı 136, 2018, s. 79.

¹² Hakan Hakeri/ Fatih Yağmur/ Harun Akkaya/ Esra Ünal/ Seyfullah Sarı/ Feyzullah Erdem/ Berna Durmuş/ Ufuk Buluç, “İkili İntihar Girişimi Durumunda Birinin Hayatta Kaldığı Olgularda Yasal Süreç”, Terazi Hukuk Dergisi, 9(100), 2014, s. 36; Muhammed Emre Tulay, “Türk Ceza Hukukunda İntihara Yönlendirme Suçu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 26/ 2, 2020, s. 821.

¹³ Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 214.

¹⁴ Yaprak Öntan, “İntihara Yönlendirme Suçları”, Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, C. 2, 2015, s. 860; Mustafa Özen, “İntihara Yönlendirme Suçu”, Ceza Hukuku Dergisi, Seçkin Yayıncılık, 6 (16), 2011, s. 32-67; Tulay, s. 822.

¹⁵ Mehmet Emin Artuk / A. Caner Yenidünya, “Ötenazi”, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2001, s. 299.

Yargıtay, birlikte silah kullanarak intihar etme kararı alan kişilerden ilkinin kendini öldürmesinin ardından diğerinin mermi sıkışması sebebiyle hayatına son veremediği olayda, hayatta kalanın diğerinin ölmesini istemediği, her ikisinin de önce ölmek istediği gerekçesiyle hayatta kalanın sorumlu olmadığını kabul etmiştir.¹⁶ Somut olayda benzer şekilde beraber intihar etme kararı alındığı görülmektedir. İlk kimin intihar düşüncesini ortaya attığı belirlenememekle birlikte her ikisinin de aileleriyle helalleşmek ve intihar notu hazırlamak gibi hareketlerinden bu yönde kararlı oldukları, arabayı almaları itibarıyla planlı bir şekilde hareket ettikleri anlaşılmaktadır. Ancak arabayı kullanan kişinin, bizzat kendi fiiliyle ölen kişinin hayatına son vermesi sebebiyle intihara yönlendirme suçundan değil kasten öldürme suçundan sorumlu olduğunun kabul edilmesi gerekir. Burada ölen kişinin, intihar etme yönünde bir iradesi bulunmakla birlikte, hayatına son verme eylemini kendisi tek başına gerçekleştirmediği için intihar değil; öldürme söz konusudur. Her ne kadar arabayı yalnızca bir kişinin sürmesi mümkün olduğundan içerde bulunanlardan yalnızca birinin bu icra hareketini gerçekleştirmesinin mümkün olması ve kendi rızasıyla içeride oturmaya devam etmesi itibarıyla birlikte gerçekleştirilen bu intihar eylemine neredeyse eşit derecede katkı sağlaması hususları birlikte düşünüldüğünde, A'nın da ölüm neticesini doğuran harekete katıldığı kabul edilmelidir. Ancak A, bu eylemi tamamen tek başına icra etmemiştir. Türk hukukunda ölen kişinin, kendi yaşamını sonlandıran öldürme eylemine sağladığı yardım, suçun oluşması açısından önem arz etmemektedir. Mevcut hukuk düzeninde ölen kişinin hayatına son verilmesi yönünde rızasının bulunması da bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmediği için kasten öldürme suçu oluşacaktır. Birlikte intihar kararı alan kişilerden yalnızca birinin hayatını kaybettiği olaylarda bu gibi durumlar söz konusu olmaktadır. Burada karşı tarafın talebine bir sonuç bağlanmasının gerekip gerekmediğinin incelenmesi gerekir. Her ne kadar talebin bir hukuka uygunluk nedeni olması hukuk sistemimiz açısından mümkün değilse de fiilin haksızlık içeriğinin az olması sebebiyle kasten öldürme suçuna kıyasla daha az bir cezayla cezalandırılmasının gerekip gerekmediğinin tartışılması gerekmektedir.

Talep üzerine öldürme (*Tötung auf Verlangen-killing upon request*) ötanaziden daha geniş bir kavram olup hangi saikle hareket edildiğine bakılmaksızın, kişinin talebi üzerine yaşamına bir başkası tarafından

¹⁶ Yargıtay 1. CD. 2010/6485 E., 2013/3121 K., 11.04.2013, <www-lexpera-com-tr>, Erişim Tarihi 27.12.2022.

son verilmesini ifade etmektedir.¹⁷ Talep üzerine öldürmenin söz konusu olabilmesi için talebin azmettirme boyutuna ulaşması gerekir. Zaten öldürme düşüncesi olan kişinin bu kararına rıza gösterilmesi hâli ise rıza ile öldürme olarak isimlendirilmektedir.¹⁸ Ötanazide ise mevcut tıbbi veriler dolayısıyla iyileşmeyeceği düşünülen bir hastalık sebebiyle acı çeken kişinin rızası veya talebi üzerine, bu kişinin acısının dindirilmesi amacıyla yaşamının sonlandırılması söz konusudur.¹⁹ Bu açıdan talep üzerine öldürme, ötanaziyi de kapsayan daha geniş bir kavramdır.

Alman Ceza Kanunu (ACK) m. 216'da talep üzerine öldürme suç olarak düzenlenmiştir. İlgili kanun maddesi şu şekildedir:

*“(1) Bir insanı; kendisinden açıkça ve ciddi bir biçimde talep etmesi üzerine, öldüren kimse, 6 aydan 5 yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. (2) Yukarıdaki fıkrada belirtilen suça teşebbüs cezalandırılır.”*²⁰

İsviçre Ceza Kanunu ise farklı olarak failin saikine de yer vererek *“İnsan onurundan kaynaklı; özellikle merhamet, acıma duygusu gibi saiklerle; bir insanı, ciddi ve ısrarlı biçimde talep etmesi üzerine öldüren kimse, üç yıla kadar hapis cezası ile veya para cezası ile cezalandırılır”* şeklinde bu suçu düzenlemektedir.²¹

Türk hukukunda ise ceza kanunu yapım aşamalarındaki ön tasarılar ve tasarılar talep üzerine öldürme olarak isimlendirilmesine rağmen daha dar anlamda ötanazi düzenlemesi niteliğinde olan bazı maddelerin olduğu görülmektedir. Örneğin, 1987 Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı'nın “Talep

¹⁷ Artuk/ Yenidünya, s. 298; Esra Alan Akcan, “Ötanazi”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 71 (1), 2013, s. 5; Tezcan/ Erdem/ Önok, s.198.

¹⁸ Yusuf Yaşar/ Işıl Turan, Alman, “Avusturya ve İsviçre Yüksek Mahkeme Kararları Çerçevesinde Talep Üzerine Öldürme Suçu ile Ötanazi İlişkisi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 19 (1), 2013, s. 44

¹⁹ Özge Demirörs/ Sevinç Arslan Hızal, “Türk Ceza Hukuku Açısından Ötenazi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65(4), 2016, s. 1484.

²⁰ Yaşar /Turan, s. 45.

²¹ Talep üzerine öldürme suçunu benzer şekilde düzenleyen Almanya ve Avusturya uygulamasında, anlık verilen kararlara değil ciddi ve ısrarlı talebe dayanan, ikna edici derecede açık ve ciddi isteğini en başından itibaren serbestçe ve bilinçli bir şekilde, kararın anlam ve sonuçlarını kavrayabilecek durumdayken “etki altında olmadan, temyiz kudreti ve yeterli muhakeme yetisi altında” karara dayalı olarak; yaşlılık, hastalıktan kaynaklı durumlar veya alkol ya da uyuşturucu/uyarıcı madde etkisi altında olmadan gerçekleştirilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Depresif bir ruh hâlimden açıklanan öldürülme isteğinin 216'nın 1'inci fıkrası anlamında ciddi bir talep sayılmayacağı kabul edilmiştir. Yaşar/ Turan, s. 45-48.

Üzerine Öldürme” başlıklı 106. maddesinde;²² 1989 Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı’nın “Talep Üzerine Öldürme” başlıklı 135. maddesinde;²³ 1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısı’nın “Acıyı Dindirme Saiki” başlıklı 137. maddesinde;²⁴ 2003 Türk Ceza Kanunu Tasarısı’nın Acıyı Dindirme Saiki” başlıklı 140. maddesinde²⁵ bu gibi düzenlemeler yer almaktaydı. Ancak ön tasarılar ve tasarılar da yer alan talep üzerine öldürme fiilleri 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda yer almamıştır.

İntihar etmek isteyen kişi tüm hazırlıkları yaptıktan sonra kendini asmak üzereyken onun için üzerinde durduğu sandalyeyi tekmeleyen kişinin eylemi, intihara yardım kapsamında değil kasten öldürme kapsamında değerlendirilmektedir.²⁶ Buna karşılık tüm düzeneği kurarak ipi hazırlayan sandalyenin üzerine çıkmasına yardım eden hatta ipi kişinin boynuna geçiren kişinin fiili, sandalyeyi intihar eden kişinin kendisinin devirdiği senaryoda ölüm neticesi, intihar edenin kendi eylemiyle meydana geldiği için intihara yardım kapsamında kabul edilebilecektir. Müntehirin, kendi hür iradesiyle arabaya binip hâlihazırda intihar etmek isteyen diğer kişinin fiiline katılması yahut yukarıda verdiğimiz örnekte sandalyesini itmek dışında bir şey yapmayan kişinin fiilinden önceki tüm düzeneği müntehirin kurmuş olması hâllerinin, kasten öldürme kapsamında kendi katkısı veya rızası olmayan mağdurun öldürülmesi şeklindeki diğer olaylara nazaran haksızlık içeriği daha az gibi görünmektedir. Bu durumlarda oluşan fiilin aynı nitelikte kabul

²² “İyileşmesi kabil olmayan ve ileri derecede ızdırap verici bir hastalığa tutulmuş bulunan bir kimsenin, şuur ve hareketlerinin serbestisine tam olarak sahip iken yaptığı ısrarlı talepleri üzerine ve **münhasıran hastanın ızdıraplarına son vermek maksadıyla** öldürme fiilini işlediği sabit olan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.”

²³ “İyileşmesi kabil olmayan ve ileri derecede ızdırap verici bir hastalığa tutulmuş bulunan bir kimsenin, şuuruna ve hareketlerinin serbestliğine tam olarak sahip iken yaptığı ısrarlı talepleri üzerine ve **sadece hastanın ızdıraplarına son vermek maksadıyla** öldürme fiilini işlediği sabit olan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.”

²⁴ “İyileşmesi kabil olmayan ve ileri derecede ızdırap verici bir hastalığa tutulmuş bulunan bir kimsenin, şuuruna ve hareketlerinin serbestliğine tam olarak sahip iken yaptığı ısrarlı talepleri üzerine ve **sadece hastanın ızdıraplarına son vermek maksadıyla** öldürme fiilini işlediği sabit olan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.”

²⁵ “İyileşmesi olanağı bulunmayan ve ileri derecede ızdırap verici bir hastalığa tutulmuş olan bir kimsenin, bilincinin ve hareketlerinin serbestliğine tam olarak sahip iken yaptığı ısrarlı talepleri üzerine ve **sadece hastanın ızdıraplarına son vermek maksadıyla** öldürme fiilini işlediği sabit olan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.” Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593), Dönem: 22 Yasama, Yılı: 2, <<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf>>, Erişim Tarihi 01.11.2022.

²⁶ Koca, s. 21; Snar, s. 74-75.

edilmesi, hukukumuzda kişinin yaşam hakkı üzerinde tasarruf yetkisinin bulunmamasına dayandırılmaktadır. Bu sebeple ölüm neticesini doğuran hareketi, yalnızca müntehirin gerçekleştirmesi büyük önem taşımaktadır. Ölmek istediğini açıkça belirten ve bu isteğini gerçekleştirmek için yapılması gereken pek çok şeyi yapan kişinin, son aşamada ölüm neticesini doğuran hareketi bir başkası yapmasaydı dahi kendisinin gerçekleştireceği düşünülebilir. Olayımızda aracı B sürmese de A sürebilirdi yahut kendini asmak isteyen kişi kendi sandalyesini devirebilirdi. Ancak bu hareketler üzerinde bir başkası tarafından kurulan hâkimiyet, son anda dahi vazgeçme ihtimali olan kişinin, bu vazgeçme imkânını ortadan kaldıracılabilmektedir. Olayda A'nın son anda "Dur!" diye bağırdığı belirtilmektedir. İntihar etme kararı veren kişinin, kararın alındığı aşamadan bu kararın icrasının tamamlandığı aşamaya kadar her an vazgeçmesi mümkündür. Bu imkâna rağmen vazgeçmeyip kendi ölümünü gerçekleştiren kişinin bu fiili, kasten öldürme suçundan, kendi isteğiyle hayatına son vermekle başkası tarafından hayatına son verdirilmek noktasında ayrılmaktadır. Bu sebeple ölüm neticesini doğuran fiili kimin icra ettiği önem arz etmektedir. Sonuç olarak, kimin hayatta kaldığına göre rastlantısal olarak ceza sorumluluğunun belirlenmesi ve hâlihazırda kendisi de ölmek isteyen kişinin cezalandırılması adaletsiz gibi görünse de bu ayrımın önem arz ettiği kabul edilmelidir. Kişinin daha az cezayı hak ettiği kabul edilse bile, kasten öldürme suçunun olduğu sonucuna ulaşılmalıdır.

B. B'NİN EYLEMİNİN KASTEN ÖLDÜRME SUÇUNU OLUŞTURDUĞUNUN KABULÜ HÂLİNDE, B HAKKINDA OLASI KAST HÜKMÜNÜN UYGULANMA KOŞULLARININ OLUŞUP OLUŞMADIĞI SORUNU

Olayda B'nin kullandığı aracın kapılarının kilitli olmaması ve camlarının açık olması sebebiyle vazgeçmeleri hâllerinin de göz önünde bulundurulduğu, bu sebeple "olursa olsun" şeklinde hareket ettiği, Yargıtay 1. Ceza Dairesi Üyesi karşı oy gerekçesinde "*..ateşli silahla birbirlerine ateş etmesi gibi mutlak ölümle sonuçlanabilecek bir intihar tipini seçmedikleri, aracın nehir sularına sürülmesi eyleminin mutlak suretle ölümle sonuçlanmasının mümkün bulunmadığı.. araç ön kapılarını da açık tutmak suretiyle suda boğulmadan kurtulma ihtimalini de gözetererek sonucu öngörmesine rağmen istemediği, oluşabilecek ölümün olursa olsun mantığıyla hareket ederek fiilini olası kast altında işlediği*" belirtilmiştir.

TCK md. 21/2'ye göre "*kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi hâlinde olası kast*"

vardır. Olası kastı doğrudan kasttan ayıran temel husus, her ikisinde de suçun maddi unsurlarını öngören failin, doğrudan kastta bunların gerçekleşeceğini muhakkak kabul etmesi; olası kastta ise bunların gerçekleşeceğini muhtemel kabul etmesidir.²⁷

Somut olayda B, arabayı nehre sürmesi sonucu A'nın ölebileceğini öngörüyor olmasına rağmen fiili gerçekleştirdiği için kasten hareket etmektedir. Kastının ise doğrudan kast olduğunu kabul etmek gerekir. Aracın nehre gömülmesi hâlinde kurtulmaları mümkün olsa da oldukça güç bir ihtimaldir. Tabanca ile bir kişiye ateş etme olaylarında da kişinin az da olsa kurtulma ihtimali vardır. Ancak bu ihtimaller hayatın her alanında çok küçük de olsa, bilinen dışında engel sebeplerin bulunma ihtimali seviyesinde kalmaktadır. Bu durum kişinin neticeye yönelik bilgisini ortadan kaldırmaz. B aracı sürmek yerine nehrin kenarına, tam olarak nehre gömülmeden bıraksaydı ve akıntının aracı içeri çekmesi muhtemel olmakla birlikte kesin olmasaydı olası kasttan söz edilebilirdi. Bu durumda ölüm neticesi muhtemel kabul edilebilirdi. Ancak aracı nehre sürme neticesinde yolcu koltuğunda oturan kişinin öleceği, hayatın olağan akışı içinde muhtemel değil muhakkaktır. B'nin bu hareket neticesinde yolcu koltuğundaki kişinin öleceğini öngörmesi ve buna rağmen sürmeye devam etmesi hâlinde doğrudan kastının bulunduğu kabul edilmesi gerekir.

C. B'NİN EYLEMİNİN TASARLAYARAK ÖLDÜRME TEŞKİL EDİP ETMEDİĞİ SORUNU

Olayda kasten öldürme suçunun tasarlayarak işlenip işlenmediğinin tespit edilmesi gerekmektedir.²⁸ Tasarlamadan ne anlaşılması gerektiğine ilişkin, suç işleme kararı üzerinden zaman geçmesi ve failin soğukkanlılıkla hareket etmesi gerektiğini kabul eden soğukkanlılık teorisi ve yine suç işleme kararı üzerinden zaman geçmesi ve failin suçun işlenme şekli, kullanılacak araçlar, işleneceği yer, zaman gibi belirlemeleri yaptığı plan teorisi olmak üzere iki temel teori bulunmaktadır.²⁹ Her iki teori de suç işleme kararı ile suçun icrasına başlanması arasında bir zaman geçmesi gerektiğini kabul

²⁷ Ali Emrah Bozbayındır, *Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Olası Kast Kavramı ve Sınırları*, Adalet Yayınları, Ankara, 2018, s. 123; Özgenç, s. 244.

²⁸ Burada tasarlayarak öldürme suçunun (TCK md. 82) oluşacağı yönünde bkz. Hakeri/ Yağmur/ Akkaya/ Ünal/ Sarı/ Erdem/ Durmuş/ Buluş, s. 37.

²⁹ Berrin Akbulut, "Kasten Öldürme Suçunun Nitelikli Halleri (TCK m. 82)", *Adalet Dergisi*, 147(65), 2020, s. 110-111.

ederken ikinci unsur açısından soğukkanlılığı mı yoksa plan kurmayı mı esas aldıkları noktasında ayrılmaktadır. Yargıtay bu iki teoriyi karma bir şekilde uygulayarak hem suç işleme kararından itibaren geçen süre içerisinde kişinin sükûnete ulaşması hem de bu ruh hâli içerisinde planını kurarak soğukkanlılıkla icra etmesi gerektiğini ifade etmektedir.³⁰ Tasarlama fail, mağdurun kendini savunma imkânını ortadan kaldırmaktadır. Ayrıca tasarlama ile fiilin icrasının gerçekleşmesi ihtimali, tasarlama olmaksızın fiilin icrasının gerçekleşmesi ihtimaline göre daha fazla yükselmektedir. Kasten öldürmenin bu işleniş şeklindeki özellikleri sebebiyle fiilin haksızlık içeriği artmakta ve daha fazla cezaya layık olduğu kabul edilmektedir.³¹ Her ne kadar kişinin yaşam hakkı üzerinde tasarruf yetkisinin bulunmadığı gerekçesiyle kendisinin öldürülmesi yönündeki rızasının, kasten öldürme suçunun oluşması

³⁰ “tasarlama; ani kast türünün dışında kalmakta, düşünce kastına girmektedir. Tasarlamanın hukuki niteliği öğretide tartışmalı olmakla birlikte, istikrar kazanmış Yargıtay uygulamalarına göre, tasarlama bahsedilebilmesi için;

1- Failin bir kimsenin hayat hakkı veya vücut bütünlüğüne karşı eylemde bulunmaya sebatla ve şartsız olarak karar vermesi,

2- Failin düşünüp planladığı suçu işlemeyen önce makul bir süre geçmesine ve ulaştığı ruhi sükûnete rağmen bu karardan vazgeçmeyip sebat ve ısrarla fiilini icraya başlaması,

3- Failin gerçekleştirilmeyi planladığı fiili, belirlenmiş bir kurgu dâhilinde icra etmesi gerekmektedir.

Tasarlama halinde fail, anında karar verip fiili işlememekte, suç işleme kararı ile fiilin icrası arasında sükûnetle düşünebilmeye yetecek kadar süre geçmektedir. Fail bu süre içerisinde suçu işleyip işlememe konusunda düşünmekte ve ancak suçu işlemekten vazgeçmemektedir. Failin suçu işlemekten vazgeçmesi ve fakat bir başka nedenle veya bir başka ani kararlar eylemi gerçekleştirilmesinde tasarlama söz edilemez. Suç işleme kararının hangi seviyedeki fiil için ve ne zaman alındığı ile eylemin şarta bağlı olmayan bu kararlılıktan ne kadar zaman geçtikten sonra işlendiği mevcut delillerle ispatlanmalı, suç kararıyla eylem arasında geçen zaman dilimi içerisinde ruhi sükûnete ulaşıp ulaşılamayacağı değerlendirme konusu yapılmalıdır.”

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 23.09.2014 tarihli ve 2014/423 E., 2014/390 K. sayılı kararı;

“Suçun tasarlanarak işlendiğinin kabulü için; sanığın eylemi gerçekleştirmeye olay tarihinden önce karar vermesi, kararında sebat ve ısrar göstermesi, karar ile icra arasında makul bir süre geçmesinin gerektiği, sanığın maktulü öldürmeye ne zaman karar verdiği, bu kararda ne kadar zamanla sebat ve ısrar gösterdiği kesin delillerle ortaya konulmadığı halde, sanık ile maktul arasındaki olaydan önceki ilişkiler, olayın gelişimini ve nedenlerini ortaya koyan diğer delillere nazaran, oluşturma uygun düşmeyen gizli tanık beyanlarına dayanılarak, sanık hakkında tasarlayarak öldürme suçundan hüküm kurulması suretiyle fazla ceza tayini”,

Yargıtay 1. C.D. 2017/442 E., 2018/3057 K., 27.06.2018, <www.lexpera-com-tr>, Erişim Tarihi 27.12.2022.

³¹ Tasarlamanın, kastın yoğunlaşmış hâli olduğu görüşü için bkz. Özbek/ Doğan/ Bacaksız, s. 120.

hususunda bir etkisinin bulunmadığı kabul ediliyorsa da tasarlayarak öldürme şeklindeki nitelikli unsur açısından, mağdurun plana dahil olması veya plana rıza göstermesi hâlinde bu unsurun oluşmadığının kabulü gerekir. Zira bu durumda yapılmış olan plan, mağdurun kendini savunma imkânını ortadan kaldırmak veya kasten öldürme suçunun icrasını plansız olarak yapılan icraya göre daha olası hâle getirmek gibi işlevler taşımamaktadır. Bu sebeple olayda kasten öldürme suçunun nitelikli unsuru olan tasarlama bulunmamaktadır. Olayda B, kasten öldürme suçunun tanımına uygun olarak hareket ettiğini, arabayı nehre sürmesi sonucu A'nın ölebileceğini biliyor olmasına rağmen fiili gerçekleştirdiği için kasten hareket etmektedir. Kastının ise doğrudan kast olduğunu kabul etmek gerekir. Adli tıp raporlarına göre fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğini haizdir. Kişinin kasten öldürme suçundan (TCK md. 81/1) sorumlu olduğu kabul edilerek 15 yaşında olması sebebiyle cezasından indirim yapılması gerekir (TCK md. 31/3).

D. HAYATTA KALAN KİŞİNİN A OLMASI DURUMUNDA FARKLI BİR SONUCA ULAŞILIP ULAŞILMAYACAĞI SORUNU

Beraber intihar etmeye karar veren iki kişinin, intihar etme yöntemi olarak bir otomobili kullanmaya karar vermesi ve bu aracın aralarından bir kişi tarafından sürülmesi şeklinde gerçekleşen olayda, ölüm neticesini doğuran fiili kimin gerçekleştirdiği rastlantısal olarak değişmiştir. Hayatta kalan kişinin rastlantısal olarak aracı kullanan kişi değil, yolcu koltuğunda olan kişi olması hâlinde farklı bir sonuca ulaşılabilecektir. Yukarıdaki incelemede görüldüğü üzere, aracı kullanan kişinin hayatta kaldığı durumda kasten öldürmeden sorumlu olması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Ancak aracı kullanan kişi hayatını kaybetseydi, ölüm neticesini doğuran fiili kendisi icra ettiği için “intihar” sonucu hayatını kaybettiği kabul edilecekti. Bu sebeple hayatta kalan, ön yolcu koltuğunda oturan kişi, kasten öldürme suçundan sorumlu olmayacaktı. Bu durumda TCK md. 84'te yer alan suçun oluşup oluşmayacağını incelemesi gerekmektedir.

Yargıtay'ın önüne gelen bir olayda³² birlikte intihar etmeye karar veren

³² “olaydan yaklaşık bir ay önce orada bir ev tutarak birlikte yaşamaya ve aynı zamanda cinsel yönden de birlikte olmaya başladıkları, bu arada Z.'nin ameliyatla erkek olmak istediği ve bunun için çaba harcadığı, daha sonra Z.'nin bunu başaramaması üzerine artık yaşamının anlamsız olduğu yönünde değerlendirmede bulunarak önceden konuştukları birlikte intihar etme fikrini hayata geçirmeye karar verdikleri, Z.'nin İstanbul'a gidip babasının olduğunu söylediği bir tabanca ile döndüğü, olay günü iki adet intihar mektubu yazıp birlikte kahvaltı yaptıktan sonra, tabanca ile intihar etmek üzere yanyana oturdukları, evvela kimin önce intihar edeceği konusunda konuştukları, ikisinin de bir diğerinden önce intihar etmek

iki kişiden Z'nin sağladığı silahla kimin önce intihar edeceği üzerine konuşup ikisinin de diğerinden önce intihar etmek istediği, sonunda ilk olarak Z'nin tabancayı alıp kafasına dayayarak tetiğe bastığı, daha sonra E'nin silahı kafasına dayayıp tetiğe basmasına rağmen merminin sıkışması sebebiyle tabanca ateşlenememiştir. Yargıtay 1. Ceza Dairesi bu olayda “*sanığın kararının münhasıran kendi intiharına ilişkin olması ve bunun dışında maktulün intiharına yönelik herhangi bir söz veya hareketinin bulunmaması ve hatta intihar anında sanık ve maktulden her birinin bir diğerinin intiharını istemek bir yana öncelikle kendisinin intihar etmek istediğinin açıkça anlaşılması*” tarafların öldürmeyi değil ölmeyi istediği gerekçesiyle beraat kararı verilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir. Bu olay ile inceleme konusu olay kıyaslandığında, intihar etmek için seçilen yöntem açısından ayrıldıkları görülmektedir. Öncelikle tabancayla intihar edilen durumlarda herkes kendi ölüm neticesini doğuran hareketi bizzat ve ayrı ayrı gerçekleştirmektedir. Somut olayda ise aynı anda iki kişinin ölüm neticesini doğuran hareket, bu kişilerden yalnızca biri tarafından gerçekleştirilmektedir. Ancak inceleme konusu olayda hayatta kalanın A olması durumunda, arabayı sürerek fiili icra eden kişi olmadığı için A'nın fiili ile örnek karardaki E'nin fiili benzerlik göstermektedir. Her iki kararda da intihar etmede kullanılan aracı sağlayan kişi hayatını kaybetmiş ve intihar etme kararı birlikte verilmiştir. Ancak örnek kararda E'nin hareketinin mahiyeti yeterince analiz edilmeden ceza sorumluluğunun bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır. İntihara yönlendirme suçunun seçimlik hareketlerinden herhangi birinin oluşup oluşmadığı ve intihar eden kişinin yanında yer almanın başlı başına yardım teşkil edip etmediği ayrıntılı olarak incelenmelidir.

Seçimlik hareketli suç olarak düzenlenmiş olan TCK md. 84, tipte yer alan hareketlerden birinin veya birkaçının icrasıyla işlenebilecektir. Madde metninde yer alan “*herhangi bir şekilde yardım*” etme ifadesinden, maddede

istediği, daha sonra Z'nin baskın çıkması üzerine, öncelikle Z'nin tabancayı alıp kafasına dayayarak tetiğe basmak suretiyle intihar edip öldüğü, ardından E. D. de tabancayı aldığı, kafasına dayadığı ve tetiğe bastığı ancak merminin sıkışması üzerine silahın ateş almadığı, bir kaç kez denemesine rağmen silahı ateşlemeyi başaramadığı, (...) Her ne kadar; maktulün intihar etme kararı üzerinde sanığın kendisine ait intihar etme kararının etkili olduğu ve onun kararını takviye ettiği söylenebilirse de, sanığın kararının münhasıran kendi intiharına ilişkin olması ve bunun dışında maktulün intiharına yönelik herhangi bir söz veya hareketinin bulunmaması ve hatta intihar anında sanık ve maktulden her birinin bir diğerinin intiharını istemek bir yana öncelikle kendisinin intihar etmek istediğinin açıkça anlaşılması karşısında, sanığın intihara yönlendirme suçundan beraati yerine mahkumiyetine karar verilmiş olması,” Yargıtay 1. C.D. 2010/6485 E.,2013/3121 K.,11.04.2013, <www-lexpera-com-tr>, Erişim Tarihi 29.10.2022.

manevi yardım şekilleri sayıldığı için diğer maddî yardımlar anlaşılmaktadır. Ancak sayılanlar dışındaki manevî yardımların da yardım etme kapsamında kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir.³³ Böylece yalnızca azmettirmek, teşvik etmek ve kararı kuvvetlendirme gibi manevi yardımla değil herhangi bir yardım etme hareketi ile bu suçun işlenmesi mümkün olacaktır. İntihar etme fikri olmayan kişinin, intihara yönelik iradesinin oluşmasını sağlayacak hareketler yapılmasıyla kişinin intihara azmettirilmesi suretiyle bu suçun işlenmesi söz konusu olacaktır. Hâlihazırda intihar etmeyi düşünen kişinin, bu düşüncesini gerçekleştirme için yapılan telkin ve onaylamalar teşvik kapsamında kabul edilir. Teşvik etme fiilinin kural olarak ancak aktif hareketlerle gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir.³⁴ İntihar etme kararını vermiş kişinin, bu kararını icraya dökmesi konusunda yapılan telkinler kararı kuvvetlendirme kapsamındadır. Ölüm neticesini doğrudan meydana getirmemekle birlikte kolaylaştıran hareketler ise diğer yardım türlerini teşkil etmektedir. Genelde maddi nitelikte yardımlar anlaşılacakla birlikte maddede belirtilmeyen manevi yardımlar da bu kapsamda kabul edilmektedir.³⁵

A, B'yi azmettirmiş, teşvik etmiş, B'nin intihar kararını kuvvetlendirmiş veya intiharına yardım etmiş ve hayatta kalmışsa bu durumda TCK md. 84/2'de yer alan suçtan sorumlu olacaktır. Birlikte intihar etmeye karar veren kişilerden birinin hayatta kalması hâlinde hayatta kalanın, intihar fiiline katkısı tespit edilerek- örneğin kararı ilk defa ortaya atan olup olmadığı gibi- sorumluluğu belirlenecektir.³⁶ Ancak olayda bu durumların gerçekleştiğine dair bilgi bulunmamaktadır. Somut olayda birlikte intihar etmeye karar verildiği belirtilmekle beraber bu fikrin ilk kimden geldiğine ilişkin bir bilgi yer almamaktadır. Bu durumda A'nın B'yi azmettirdiğinden söz edilemeyecektir. Maddi veya manevi anlamda bir yardımda bulunulduğuna ilişkin bir bilgi de yer almamaktadır. Burada hâlihazırda intihar etmeye karar vermiş birinin kararına katılmanın da intihara yönlendirme fiillerinden birini teşkil edip etmediği sorusu gündeme gelmektedir.

İhmal suretiyle intihara yardımın mümkün olması için kişinin garantörlük durumunun bulunması gerektiği, yani intiharı önleme yükümlülüğünün

³³ Sınar., s. 68

³⁴ Sınar, s. 70.

³⁵ Koca, s. 28; Özen, s. 39.

³⁶ Özen, s. 47.

bulunması gerektiği kabul edilmektedir.³⁷ Ancak bu hâlde dahi kanunda açıkça düzenlenmediği durumda suçların ihmal suretiyle işlenemeyeceği, bu suçta da böyle bir düzenleme bulunmadığından suçun ihmalen işlenmesinin mümkün olmadığı yönünde görüşler bulunmaktadır.³⁸ Madde gerekçesinde intiharı önleme yükümlülüğünün bulunduğu durumlarda intihara yardımın, ihmali hareketlerle de yapılabileceği belirtilmektedir.³⁹ TCK md. 84/1’de yer verilen “herhangi bir şekilde yardım” ibaresinin, icrai hareketle gerçekleştirilen fiilin ihmali surette işlenmesini de kapsadığı değerlendirildiğinde, intiharı önleme yükümlülüğünün bulunması hâlinde bu suçun oluşacağı kabul edilmelidir. Olayda A’nın teminat yükümlülüğü bulunmamaktadır. Diğer yandan intihar eden kişinin fiiline katılmanın tek başına yardım olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği incelenmelidir. Ölümün genel olarak korkutucu olarak görülmesi sebebiyle intihar eden kişinin yanında yer almak, tek başına bu kişiye cesaret verici bir hareket olabilir. Bu kişinin yanında yer almanın, son anda korkup vazgeçecek olan kişinin tek başına başa çıkamayacağı düşünceleri savuşturmasına ve düşünmeden hayatına son vermesine yardımcı olması da mümkündür. Ancak hâlihazırda intihar etmeye karar vermiş kişinin yanında yer alarak birlikte intihar etmek, bu kişiyi durdurmaya çalışmamak tek başına yardım olarak kabul edilmemelidir. Olay özelinde intihar etmeyi düşünen kişinin tek başına bunu yapmaktan korktuğunu belirtmesi ve bunun üzerine diğerinin beraber intihar etmeyi teklif etmesi gibi durumlarda, bu hareketi kararını kuvvetlendirme yahut diğer manevi yardım fiilleri altında kabul etmek gerekebilecektir. Ancak somut olayda B’nin intihar etmeye karar vermesi üzerinde A’nın herhangi bir etkisinin bulunduğu dair bilgi yer almamaktadır. Bu sebeple hayatta kalanın A olması durumunda A’nın, B’nin ölümünden dolayı herhangi bir cezai sorumluluğu bulunmayacaktı.

³⁷ Koca, s. 33; Özen, s. 41; Özgenç, s. 325; Sınar, s. 76; intiharı önlemenin hukuki yükümlülük olduğu durumda intihara göz yumulmasının, TCK m. 83 ve 84 açısından ihmali hareket ortak unsur iken, mağdurun rızası tipik hareket yönünden TCK m. 84’ü farklılaştırdığı için TCK m. 84/1’den sorumluluk oluşacağı görüşü için bkz. Tulay, s. 822-823..

³⁸ Özbek/ Doğan / Bacaksız, s. 178; Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 213.

³⁹ “Başlı başına cezalandırılabilir bir fiil olarak intihara yardım, esas itibarıyla icrai davranışla gerçekleştirilebilir. Ancak, intiharı önleme konusunda hukuki yükümlülük altında bulunan kişinin, bir intihar olgusuyla karşı karşıya olmasına rağmen, bu intihar girişimini engellememesi, bu girişim karşısında kayıtsız davranması; intihara ihmali davranışla yardım olarak nitelendirilmek gerekir. Ancak, bunun için, kişinin intiharı önleme konusunda hukuki bir yükümlülüğünün olması gerekir.”

E. HEM A HEM B’NİN ARAÇTAN SAĞ KURTULMASI DURUMUNDA FARKLI BİR SONUCA ULAŞILIP ULAŞILMAYACAĞI SORUNU

Olayda gerçekleşebilecek diğer bir olasılık ise her ikisinin de araçtan kurtulması durumudur. İnceleme konusu olayda ise, B’nin kullandığı araç ile suya daldıktan sonra hem A hem B’nin araçtan sağ kurtulması hâlinde B açısından kasten öldürme suçunun icra hareketlerinin başladığı, B’nin teşebbüs aşamasında kalmış kasten öldürmeden sorumlu olduğu kabul edilmelidir. Diğer yandan A açısından bir önceki sorunda belirtildiği üzere, yalnızca beraber intihara karar verilmesi ve A’nın arabada yer alması, tek başına ceza sorumluluğunu gerektirmemektedir. Ancak A’nın, B’nin kararını kuvvetlendirdiği yahut başka türlü bir yardımda bulunduğu tespit edilirse bu aşamada ceza sorumluluğunun tespiti için TCK md. 84’ün birinci ve ikinci fıkrasındaki fiiller arasındaki ilişkinin ortaya konulması ve bu suçların ne zaman tamamlandığının tespit edilmesi gerekmektedir. Bu hâlde kişinin de TCK md. 84’ten sorumlu olup olmayacağı hususunda Yargıtay, M’nin intihar etme fikrini ilk ortaya attığı, bunu onaylayan K’nin ise M’nin istediği ilaçları getirdiği, ilaçları içtikten bir gün sonra hastaneye giderek kurtuldukları olayda, yaşı daha büyük olan ve intihar fikrini ilk ortaya atan M’nin eyleminin intihara yönlendirme suçunu oluşturduğunu kabul etmiştir.⁴⁰ Kanımızca, K’nin işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmemiş olduğu veya ortadan kaldırıldığı tespit edilmediği sürece, K’nin ilaçları getirmesi de intihara yardım etme kapsamında kabul edilmelidir. M ve K’nin birbirlerini karşılıklı olarak intihara yönlendirdiği kabul edilmelidir. Dolayısıyla Yargıtay suçun tamamlanması için intihar girişimi yeterli kabul etmektedir.

⁴⁰ “Evlü ve iki çocuk babası olan 31 yaşındaki sanık Bilal ile 16 yaşındaki mağdur Kader’in arkadaşlık yapmasını ailelerinin onaylamaması üzerine, Bilal’in 11.03.2010 tarihinde Kader’in telefonuna mesaj çekerek “benimle her şeye var mısın” dediği, Kader’in de “evet” şeklinde cevap vermesi üzerine, bu kez de mağdureden öldürecek bir ilaç getirmesini istediği, 12.03.2010 tarihinde Kader’in evden 4 kutu ilaç alarak okul çıkışı Bilal ile buluştuğu, birlikte Mersin’den Erdemli’ye gittikleri, burada bir pansiyonda kaldıkları, 14.03.2010 tarihinde Bilal’in Kader’e ilaçları getirip getirmediğini sorduğu, Kader’in de getirdiğini söylemesi üzerine ilaçları paylaştıkları, önce Kader’in içmeye başladığı, Bilal’in de ilaçları içtiği, bir süre sonra hastaneye gittikleri ve tedavi sonucu yaşama döndürüldükleri olayda, intihar etmeyi sanık Bilal’in teklif ettiği ve intihar etmekte kullanılan ilaçları sanığın isteği üzerine mağdurenin temin ederek getirdiği anlaşılmalı, sanığın eylemine uyan intihara yönlendirme suçundan cezalandırılması gerektiği düşünülmeksizin, yazılı şekilde beraatine karar verilmesi,(...)”, Yargıtay 1. C.D. 2013/4118 E., 2013/7481 K., 04.12.2013, <www.lexpera-com-tr>, Erişim Tarihi 3.11.2022.

Bu suç tipi ile ilgili bir başka tartışma konusu da TCK md. 84/1'e teşebbüsün mümkün olup olmadığıdır. Doktrinde bir görüşe göre, TCK md. 84/1'de yer alan suçun soyut tehlike suçu olduğu ve teşebbüsün kural olarak mümkün olmadığı; intihar girişiminde bulunulması hâlinde kişi ölmesede dahi TCK md. 84/2'nin tamamlanmış hâlinin oluşacağı kabul edilmektedir.⁴¹ Diğer görüşe göre ise TCK md. 84/2'de yer alan nitelikli hâl için intihar girişiminde bulunanın ölmesi, objektif cezalandırılabilme şartını teşkil eder.⁴² Failin intihara yönlendirme kastıyla icra ettiği hareketler sonucu, kişide hiçbir etki oluşmazsa elverişsiz teşebbüs söz konusu olacak ve fail sorumlu olmayacaktır; kişi intihar eder ancak ölmezse TCK md. 84/1; ölürsa TCK md. 84/2 oluşacaktır.⁴³ Bir diğer görüş ise TCK md. 84/2'nin, bir soyut tehlike suçu olan intihara yönlendirme suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâli olduğunu ve teşebbüsün mümkün olduğunu kabul etmektedir. Daha ağır netice olan mağdurun ölmesi olası kastıyla hareket eden failin, kasten intihara yönlendirme hareketlerini icra etmesi sonucu 84/2'deki ölüm neticesi gerçekleşmemişse TCK md. 84/2'ye teşebbüsten sorumlu tutulacaktır.⁴⁴

Kanımızca TCK md. 84'ün birinci fıkrasında yer alan suç bir somut tehlike suçu olup, yönlendirici nitelikteki hareketler neticesinde kişinin intihara teşebbüs etmesi somut tehlikedir. Diğer yandan intihar sonucu hayatını kaybettiği takdirde suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâli olan ikinci fıkra gerçekleşmiş olacaktır. Madde gerekçesinde de ölümün meydana gelmesinin neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâl olduğu belirtilmiştir.⁴⁵ Olayda A'nın, B'nin kararını kuvvetlendirdiği yahut başka türlü bir yardımda bulunduğu tespit edilirse, her iki kişinin de intihar girişiminde bulunmasına rağmen hayatını kaybetmemesi durumunda A'nın, TCK md. 84/1'de yer alan suçun tamamlanmış hâlinde sorumlu olacağını kabul etmek gerekmektedir.

⁴¹ Özbek/ Doğan/ Bacaksız, s. 178-181; benzer yönde birinci fıkradaki suçun soyut tehlike suçu olduğu ve teşebbüsün kural olarak mümkün olmadığını kabul etmekle birlikte ikinci fıkranın ancak müntehirin ölmesi hâlinde uygulanacağı görüşü için bkz. Koca, s. 36-37; Özen, s. 50; Sınar, s. 76.

⁴² Özgenç, s. 326; Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 214.

⁴³ Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 214

⁴⁴ Koca, s. 36-37.

⁴⁵ “Maddenin ikinci fıkrasında, intihara teşvik veya yardım suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâli düzenlenmiştir. İntihara teşvik veya yardımın cezalandırılabilmesi için, kişinin intihar etmesi şart değildir. Teşvik veya yardım sonucunda intiharın gerçekleşmesi durumunda, söz konusu fıkraya göre cezanın artırılması gerekmektedir.”

SONUÇ

Bir arabaya binip bu aracı nehre sürmek suretiyle birlikte intihar etmeye karar veren iki kişiden (A ve B), yalnızca aracı kullanan kişi olan B'nin hayatta kalması ve A'nın ölmesi şeklinde gerçekleşen Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararına konu olayda, hayatta kalan B'nin eyleminin kasten öldürme suçunu mu yoksa intihara yönlendirme suçunu mu oluşturduğu incelenmiştir. Doktrinde ikili ölüm veya karşılıklı intihar olarak isimlendirilen bu hâllerde, hayatta kalan kişinin fiilinin TCK md. 84 kapsamında intihara azmettirme, maddi veya manevi yardım etme teşkil edip etmediğinin incelenmesi gerekir.⁴⁶ Fiilin intihara yönlendirme kapsamında kaldığı sonucuna ulaşabilmek için ölen kişinin intihar sonucu hayatını kaybetmiş olması yani ölüm neticesini doğuran hareketi bizzat gerçekleştirmiş olması gerekir.⁴⁷ İntihar etme kararı veren kişinin, kararın alındığı aşamadan bu kararın icrasının tamamlandığı aşamaya kadar her an vazgeçmesi mümkündür. Bu imkâna rağmen vazgeçmeyip kendi ölümünü gerçekleştiren kişinin bu fiili, kasten öldürme suçundan, kendi isteğiyle hayatına son vermekle başkası tarafından hayatına son verdirilmek noktasında ayrılmaktadır. Fiilin haksızlık içeriğinin azaldığı kabul edilse bile, kasten öldürme suçunun olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından incelenen temel husus suçun olası kastla işlenip işlenmediğidir. Olayda B'nin kullandığı aracın kapılarının kilitli olmaması ve camlarının açık olması sebebiyle vazgeçmeleri hâllerinin de göz önünde bulundurulduğu, bu sebeple “olursa olsun” şeklinde hareket ettiği gerekçesiyle olası kastının bulunduğu, özel daire üyesi tarafından belirtilmiştir. Ancak olayda B'nin, arabayı nehre sürmesi sonucu A'nın ölebileceğini öngörüyor olmasına rağmen fiili gerçekleştirdiği için doğrudan kastla hareket ettiği kabul edilmesi gerekmektedir. Zira aracı nehre sürme neticesinde yolcu koltuğunda oturan kişinin öleceği, hayatın olağan akışı içinde muhtemel değil muhakkaktır. B'nin bu hareket neticesinde yolcu koltuğundaki kişinin öleceğini öngörmesi ve buna rağmen sürmeye devam etmesi hâlinde doğrudan kastı bulunmaktadır. Tasarlayarak öldürme şeklindeki nitelikli unsur açısından ise mağdurun plana dahil olması veya plana rıza göstermesi sebebiyle mağdurun kendini savunma imkânını ortadan kaldırmak veya kasten öldürme suçunun icrasını plansız olarak yapılan icraya göre daha olası hâle getirmek gibi işlev bulunmadığından olayda tasarlama unsurunun bulunmadığı kabul edilmiştir.

⁴⁶ Öntan, s. 860; Özen, s. 32-67; Tulay, s. 822.

⁴⁷ Artuk/ Yenidünya, s. 299.

Hayatta kalan kişinin A olması durumunda, A, B'yi azmettirmiş, teşvik etmiş, B'nin intihar kararını kuvvetlendirmiş veya intiharına yardım etmiş ve hayatta kalmışsa bu durumda TCK md. 84/2'de yer alan suçtan sorumlu olacaktır. Ancak olayda bu durumların gerçekleştiğine dair bilgi bulunmamaktadır. Somut olayda birlikte intihar etmeye karar verildiği belirtilmekle beraber bu fikrin ilk kimden geldiğine ilişkin bir bilgi yer almamaktadır. Bu durumda A'nın B'yi azmettirdiğinden söz edilemeyecektir. Maddi veya manevi anlamda bir yardımda bulunulduğuna ilişkin bir bilgi de yer almamaktadır. Burada hâlihazırda intihar etmeye karar vermiş birinin kararına katılmanın da intihara yönlendirme fiillerinden birini teşkil edip etmediği sorusu gündeme gelmektedir. İntihar etmeye karar vermiş kişinin yanında yer alarak birlikte intihar etmek, bu kişiyi durdurmaya çalışmamak tek başına yardım olarak kabul edilmemelidir. Olay özelinde intihar etmeyi düşünen kişinin tek başına bunu yapmaktan korktuğunu belirtmesi ve bunun üzerine diğerinin beraber intihar etmeyi teklif etmesi gibi durumlarda, bu hareketi kararını kuvvetlendirme yahut diğer manevi yardım fiilleri altında kabul etmek gerekebilecektir. Ancak somut olayda B'nin intihar etme fiiline A'nın katılmasının herhangi bir etkisinin bulunduğu dair bilgi yer almadığı için A'nın, B'nin ölümünden dolayı intihara yönlendirme suçu açısından herhangi bir cezai sorumluluğu bulunmamaktadır.

A ve B'nin araçtan sağ kurtulması durumunda, B açısından kasten öldürme suçunun icra hareketlerinin başladığı, B'nin teşebbüs aşamasında kalmış kasten öldürmeden sorumlu olacağı tespit edilmiştir. Diğer yandan A açısından, yalnızca beraber intihara karar verilmesi ve A'nın arabada yer alması, tek başına ceza sorumluluğunu gerektirmemektedir. Ancak A'nın, B'nin kararını kuvvetlendirdiği yahut başka türlü bir yardımda bulunduğu tespit edilirse, A'nın, TCK md. 84/1'de yer alan suçun tamamlanmış hâlden sorumlu olacağı kabul edilmiştir.

KAYNAKÇA

- Akbulut B, “Kasten Öldürme Suçunun Nitelikli Halleri (TCK m. 82)”, *Adalet Dergisi*, 147(65), 2020, s. 99-165.
- Alan Akcan E, “Ötanazi”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 71 (1), 2013, s. 3-26.
- Artuk M E/ Gökçen A/ Yenidünya A C, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 13. Baskı, *Adalet Yayınları*, Ankara, 2013.
- Artuk M E/ Yenidünya A C, “Ötanazi”, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, *Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını*, 2001, s. 297-319.
- Bozbayındır A E, *Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Olası Kast Kavramı ve Sınırları*, *Adalet Yayınları*, Ankara, 2018.
- Demirörs Ö/ Hızal S A, “Türk Ceza Hukuku Açısından Ötanazi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65(4), 2016, s. 1481-1516.
- Ersoy U, “İntihara Yönlendirme Suçu”, *TBB Dergisi*, Sayı 136, 2018, s. 75-140.
- Hakeri H/ Yağmur F/ Akkaya H/ Ünal E/ Sarı S/ Erdem F/ Durmuş B/ Buluç U, “İkili İntihar Girişimi Durumunda Birinin Hayatta Kaldığı Olgularda Yasal Süreç”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 9(100), 2014, s. 35-38.
- Keleş C, *Türk Ceza Hukukunda İntihara Yönlendirme Suçu*, *Adalet Yayınevi*, Ankara, 2022.
- Koca M, “İntihara Yönlendirme Suçu (TCK m. 84)”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 5(12), 2010, s. 19-40.
- Koca M/ Üzülmez İ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 7. Baskı, *Seçkin Yayınevi*, Ankara, 2020.
- Dönmezer S/ Sahir E, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. II, 14. Bası, *DER Yayınları*, İstanbul, 2019.
- Öntan Y, “İntihara Yönlendirme Suçları”, Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, C. 2, 2015, s. 845-898.
- Özbek V Ö/ Doğan K/ Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 16. Baskı, *Seçkin Yayıncılık*, Ankara, 2021.

- Özgenç İ, “*İhmali Suç Teorisi*”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 25 (4), 2021, s. 303-378.
- Özen M, “İntihara Yönlendirme Suçu”, Ceza Hukuku Dergisi, 6(16), 2011, s. 32-67.
- Sınar H, *İntihara Yönlendirme (Özel Ceza Hukuku Cilt II Kişilere Karşı Suçlar)*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Tezcan D/ Erdem M R/ Önok R M, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Tulay M E, “Türk Ceza Hukukunda İntihara Yönlendirme Suçu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 26 (2) , 2020, s. 814-837.
- Yaşar Y/ Turan I, “Alman, Avusturya ve İsviçre Yüksek Mahkeme Kararları Çerçevesinde Talep Üzerine Öldürme Suçu ile Ötanazi İlişkisi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 19 (1), 2013, s. 39-72.

**CİNSEL SALDIRI SUÇUNUN EŞE KARŞI İŞLENMESİ HALİNDE
ŞİKAYETTEN VAZGEÇMENİN CEZA SORUMLULUĞUNA
ETKİSİ: YARGITAY CEZA GENEL KURULU’NUN E. 2019/16, K.
2021/281 SAYILI KARARI İŞİĞİNDA BİR DEĞERLENDİRME**

*The Effect Of Withdrawal Of Complaint On The Criminal Liability Of The
Crime Of Sexual Assault Against Spouse: An Evaluation In The Light
Of The Court Of Cassation General Assembly Of Criminal Chambers’
Decision No. 16/281*

BURAK KILIÇ*

Özet

Cinsel saldırı suçunun vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle işlenen nitelikli halinin eşe karşı gerçekleştirilmesi halinde bu suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikayet şartına bağlanmıştır. Mağdurun şikayeti üzerine başlayan bir soruşturma sonrasında kovuşturma sırasında şikayetten vazgeçilmesi halinde cinsel saldırı suçu bakımından davanın düşmesine karar verilmesi gerekmektedir. Bu suçun icrası kapsamında mağdura direncini kırmak için cebir uygulanması durumunda, bu cebir kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerine sebep olacak boyuta ulaşmadığı müddetçe cinsel saldırı suçunun bir unsuru kabul edilecek ve bileşik suç hükümleri uyarınca faile uyguladığı cebir dolayısıyla ayrıca ceza verilmeyecektir. Uygulanan cebrin boyutunun basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek boyutun ötesinde olduğu ancak kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olmadığı hallerde cinsel saldırı suçunun mağduru eşin yargılama sırasında şikayetinden vazgeçmesinin etkisi tartışmalı bir konudur. İncelemeye konu kararda ilk derece mahkemesi cinsel saldırı suçu bakımından davanın düşmesine karar vermiş, ancak re’sen soruşturulup kovuşturulan suçlardan olması dolayısıyla fail eş hakkında kasten yaralama suçundan mahkumiyet hükmü kurmuştur. Çalışmada bu uygulamanın doğurduğu sorunlar ve eşe karşı gerçekleştirilen cinsel saldırı suçunun şikayet şartına bağlanmasının olası sonuçları üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kavramlar: *Bileşik Suç, Cinsel Saldırı, Kasten Yaralama, Kötü Muamele, Şikayet*

* Araştırma görevlisi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye, **e-posta:** burak.kilic@hvb.edu.tr, **ORCID:** 0000-0002-9566-2079

Abstract

When committed against the spouse by means of inserting an organ or other object into the body, investigation and prosecution of sexual assault is conditional on the complaint. In case of withdrawal of the complaint during a trial, the sexual assault case should be dismissed. In the event that coercion is applied to the victim in order to break the victims resistance within the scope of committing the sexual assault, as long as this coercion does not reach a level that will cause aggravated situations due to the result of the crime of intentional injury, it will be considered as an element of the crime of sexual assault and the perpetrator will not be punished separately for the use of coercion. In cases where the force applied is beyond the extent that can be resolved with simple medical intervention, but does not cause aggravated circumstances of the crime of intentional injury, if the victim of the sexual assault withdraws his/her complaint during the trial, the sexual assault case is dismissed, but since it is one of the crimes that are investigated and prosecuted ex officio, the perpetrator spouse can be convicted for the crime of intentional injury. The study will focus on the problems caused by this practice and the possible consequences of making the complaint a condition of investigation and prosecution for the crime of sexual assault crime committed against the spouse.

Keywords: *Compound Offence, Sexual Assault, Intentional Injury, Maltreatment, Complaint,*

I. OLAY

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 15.06.2021 tarihli ve E. 2019/16, K. 2021/281 sayılı kararına konu olayda, A ve B resmî nikâhlı evlidir; A, olay tarihinde yaklaşık 20 haftalık hamile olan mağdure B ile anal yoldan cinsel ilişkiye girmek ister. B'nin bu istemi reddetmesi üzerine A, B'yi darp etmeye başlayarak direncini kırar ve B ile anal yoldan ilişkiye girer. Yargılama sürecinde adli tıp şube müdürlüğü tarafından düzenlenen raporda "*B'nin vücudunda saptanan ekimoz, sıyrık ve anüsün 1,5 cm üzerinde yüzeysel erozyon arızalarının, vücudunda direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde darp cebir izi bulunduğu, B'nin cinsel istismara uğradığının kabulü gerektiği, B'nin yaşamını tehlikeye sokan bir duruma neden olmadığı, basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif nitelikte olmadığı*" tespitinde bulunulur. Kovuşturma aşamasında B şikayetinden vazgeçer.

II. ÇÖZÜMLENMESİ GEREKEN HUKUKİ MESELELER

Karara konu teşkil eden olay bağlamında tartışılması gereken hukuki meseleler şunlardır:

1) B'nin şikayetinden vazgeçmesi nedeniyle nitelikli cinsel saldırı suçundan açılan kamu davasının düşmesine rağmen, A'nın cinsel saldırıda bulunmadan önce B'nin direncini kırmak amacıyla Türk Ceza Kanunu'nun 86. maddesi kapsamında kalan kasten yaralama suçundan cezalandırılması mümkün müdür?

2) A tarafından fiil işlendiği tarihte yürürlükte bulunan TCK m. 102/4 hükmünde sonradan değişiklik yapılmasının yargılama üzerindeki etkisi nedir?

3) Aile bireyleri arasında gerçekleştirilen rızaya dayalı olmayan cinsel davranışların kötü muamele suçu kapsamında değerlendirilebilmesi mümkün müdür?

4) Bileşik suçlarda şikayetin suçun soruşturulma ve kovuşturulması üzerindeki etkisi nedir? Cinsel saldırı suçunun eşe karşı işlenmesi halinde suçun soruşturma ve kovuşturmasının şikayet şartına bağlanmış olması ne gibi sorunlar oluşturabilir?

III. MERCİLERİN ÇÖZÜM ŞEKİLLERİ

1) İlk Derece Mahkemesi; yapılan yargılama sonucunda, A hakkında nitelikli cinsel saldırı suçundan açılan kamu davasının, mağdure B'nin şikâyetinden vazgeçmesi nedeniyle TCK'nın 73/4 ve CMK'nın 223/8. maddesi uyarınca düşürülmesine; A'nın kasten yaralama suçundan TCK'nın 86/1, 86/3-a, 62/1, 53 ve 63. maddeleri uyarınca 1 yıl 3 ay hapis cezasıyla cezalandırılmasına, hak yoksunluğuna ve mahsuba, CMK'nın 231/5. maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermiştir. A'nın denetim süresi içerisinde kasten yaralama suçunu işlemesi üzerine mahkeme A hakkındaki ilk hükmün açıklanmasına karar vermiştir.

2) **Yargıtay 3. Ceza Dairesi** yaptığı temyiz incelemesi sonucunda, ilk derece mahkemesinin kararının onanmasına karar vermiştir.

3) **Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı**, "*Mağdurenin yaralanması 5237 sayılı TCK'nın 86/1. maddesi kapsamındadır ve 6545 sayılı Kanun'un 58. maddesi ile değişik 5237 sayılı TCK'nın 102/4. maddesi uyarınca kasten yaralama suçunun ağır neticelerine yol açacak nitelikte değildir. Bu durumda aynı Kanun'un 42. maddesinde düzenlenen bileşik suç kuralı uyarınca, kasten yaralama suçu, eşe karşı nitelikli cinsel saldırı suçunun cebir ve şiddet unsuru sayılmalı ve ayrıca cezalandırılması yoluna gidilmemesi gerek(lidir)*" görüşüyle itiraz kanun yoluna başvurmuştur.

4) Yargıtay Ceza Genel Kurulu “TCK’nın suç tarihinde yürürlükte bulunan 102/4. maddesine göre, sanığın, eşi olan mağdureye nitelikli cinsel saldırıda bulunmadan önce, direncini kırmak amacıyla mağdureyi TCK’nın 86/1. maddesi kapsamında kalacak ölçüde yaralaması nedeniyle ayrıca kasten yaralama suçundan cezalandırılmasında herhangi bir isabetsizlik bulunmamakla birlikte, TCK’nın 6545 sayılı Kanun’la değişik 102/4. maddesi uyarınca sanık hakkında eşe karşı nitelikli cinsel saldırı suçunun yanında ayrıca kasten yaralama suçundan da mahkûmiyet kararı verilebilmesi için yaralamanın TCK’nın 87. maddesinde düzenlenen “neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama” kapsamında kalması gerekmektedir. Bu tarihten sonra işlenen eşe karşı nitelikli cinsel saldırı suçunda, TCK’nın 86/1. maddesi kapsamında kalan yaralamaların aynı Kanun’un 42. maddesi uyarınca nitelikli cinsel saldırı suçunun cebir ve şiddet unsurunu oluşturduğu kabul edilmelidir. Bu durumda eşe karşı nitelikli cinsel saldırı suçu işlenirken husule gelen TCK’nın 86/1. maddesi kapsamındaki kasten yaralama eylemleri, artık bağımsız olarak cezalandırılmamalı, fail yalnızca eşe karşı nitelikli cinsel saldırı suçundan sorumlu tutulmalıdır. 6545 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikle, TCK’nın 86/1. maddesi kapsamında kalan yaralamaların, eşe karşı nitelikli cinsel saldırı suçunun unsuru olduğu ve bu durum sanığın lehine bir düzenleme içerdiğinden TCK’nın 7/2. maddesi uyarınca TCK’nın 6545 sayılı Kanun’la değişik 102/4. maddesine göre uygulama yapılmalı, eşe karşı TCK’nın 86/1. maddesi kapsamında kalan ve takibi şikâyete bağlı olmayan kasten yaralama suçu, nitelikli cinsel saldırı suçunun cebir ve şiddet unsurunu oluşturduğundan, mağdurun şikâyetinden vazgeçmesi nedeniyle eşe karşı nitelikli cinsel saldırı suçundan açılan kamu davasının düşürülmesine karar verilmesiyle yetinilmelidir.” gerekçesiyle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazının kabulüne, Özel Dairenin onama kararının kaldırılmasına, Yerel Mahkemenin kasten yaralama suçundan kurulan mahkûmiyet hükmünün, sanığın, mağdureye yönelik TCK’nın 86/1. maddesi kapsamında kalan yaralama eylemi, TCK’nın 6545 sayılı Kanun’la değişik 102/4. maddesine göre eşe karşı nitelikli cinsel saldırı suçunun cebir ve şiddet unsuru olduğundan kasten yaralama suçundan ayrıca bir ceza verilemeyeceğinin gözetilmemesi isabetsizliğinden bozulmasına karar vermiştir.

IV. DEĞERLENDİRMELER

1) B’nin şikâyetinden vazgeçmesi nedeniyle nitelikli cinsel saldırı suçundan kamu davası düşmesine rağmen A’nın cinsel saldırıda bulunmadan önce B’nin direncini kırmak amacıyla Türk Ceza

Kanunu'nun 86. maddesi kapsamında kalan kasten yaralama suçundan cezalandırılması mümkün müdür?

Olaydaki hukuki sorunların çözümlenebilmesi için öncelikle bileşik suç hakkında açıklamalarda bulunmak gerekmektedir.

Bileşik suç, Türk Ceza Kanunu'nun "suçların içtimaı" bölümü altında, 42. maddede düzenlenmiştir¹. Bu düzenlemeye göre "*Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suçta bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz.*"

Bileşik suç iki ayrı şekilde ortaya çıkabilmektedir. İlk halde bir veya birden fazla suç bir başka suçun unsurunu oluşturmaktadır. Bu halin en bilinen örneği yağma suçudur (TCK m. 148). Yağma suçunun tanımında cebir (TCK m. 108), tehdit (TCK m. 106) ve hırsızlık (TCK m. 141) suçlarına unsur olarak yer verilmiş, ancak bu suçlar yağma suçu tanımı altında birleşmiş ve kendilerinden bağımsız başka bir suç oluşturmuşlardır².

Bileşik suçun ortaya çıktığı ikinci halde kanunda tanımlanan bir suç, kanunda tanımlanan bir başka suçun "ağırlaştırıcı neden"ini ya da Türk Ceza Kanunu'nun terminolojisine daha uygun olacak haliyle cezada artırım yapılmasını gerektiren nitelikli halini oluşturmaktadır³. Bu durumda nitelikli halin unsurunu oluşturan suç bağımsızlığını kaybetmekte ve temel suçta bağlanmaktadır⁴. Örneğin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi için veya işlendiği sırada cebir veya tehdit kullanılması nitelikli hal olarak düzenlenmiştir (TCK m. 109/2). Bu nitelikli halin uygulama alanı bulunduğu bir olayda yalnızca nitelikli hal uyarınca cezalandırma yapılacak ve faile cebir veya tehdit suçlarından ayrıca ceza verilmeyecektir.

Bir suçun bileşik suç olarak tanımlanabilmesi için bu suçun unsurlarını veya nitelikli hallerini oluşturan diğer suçların, suçun kanuni tanımında

¹ Doktrinde bileşik suçta ilişkin kanunun genel hükümler kısmında bir düzenleme bulunmasına gerek olmadığı savunulmaktadır. İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 671; Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 564.

² Koca/Üzülmöz, Genel Hükümler, s. 565; Kayıhan İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 638.

³ Koca/Üzülmöz, Genel Hükümler, s. 564; Pervin Aksoy İpekçioğlu, "Türk Ceza Kanunu'nda Bileşik Suç", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012, 61 (1), 43-67, s. 50 < <https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42474/511635>>, Erişim Tarihi: 02.11.2022.

⁴ Aksoy İpekçioğlu, s. 53.

açıkça belirtilmiş olması gereklidir⁵. Bununla birlikte kanunda tanımlı bir suçun bir başka suçun unsuru olduğu açıkça anlaşılabilir, unsuru olduğu suçun kanuni tanımında açıkça belirtilmiş olması gerekli değildir⁶. Başka bir deyişle bazı hallerde kanuni tanımda açıkça belirtilmemiş olsa bile bileşik suç kapsamında bir suç bir diğerinin unsuru olabilir.

Bileşik suçtan söz edilebilecek hallerde, başka suçlara tanımında unsur olarak yer veren suç, unsuru olan diğer suçları tüketmekte ve böylece ortada tek suç kalmaktadır. Bu durumda başka bir suçun unsurunu oluşturan suçlar bağımsızlıklarını yitirirler ve bu suçlar dolayısıyla cezalandırılma yoluna gidilemez⁷. Bir suçun işlenmesi için başvuru cebrin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması halinde fail hakkında ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağına ilişkin düzenlemelerde, suçun işlenmesi için kullanılan cebrin kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış boyutlarına ulaşmamış olması halinde de böyle bir durum söz konusudur ve suçta kullanılan cebir bakımından ayrıca failin cezalandırılması yoluna gidilmeyecektir. Zira bu hallerde cebir suçun unsuru olarak nitelendirilir ve bileşik suç kapsamında kaldığı için ayrıca cezalandırılmaz⁸. Cinsel saldırı suçu bakımından da fiilin işlenmesi sırasında kullanılacak cebir, kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olmadığı hallerde, suçun bir unsuru olarak kabul edilmekte ve ayrıca cezalandırılmamaktadır⁹.

Benzer bir durum cinsel saldırı suçunun vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu arasında da bulunmaktadır. Mahiyeti itibarıyla nitelikli cinsel saldırının icrası sırasında mağdurun hareket özgürlüğü kısıtlanmaktadır ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu cinsel saldırı suçunun bir unsuru haline gelmektedir. Bu sebeple cinsel saldırı sırasında mağdurun hürriyetinden yoksun bırakılması sebebiyle kişi ayrıca cezalandırılmayacaktır¹⁰. Bununla

⁵ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 564; Aksoy İpekçioğlu, s. 50.

⁶ Berrin Akbulut, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 870.

⁷ İçel, s. 637; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 564.

⁸ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 565; Akbulut, s. 872.

⁹ İçel, s. 639; Akbulut, s. 870-871.

¹⁰ “Cinsel istismar eyleminin işlendiği sırada ve eylemle sınırlı süreyle mağdurenin iradesiyle hareket etme imkanının ortadan kaldırılmasının kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmayacağı, kişinin vücudunun suçun konusu olması nedeniyle mağdurenin hareket öz-

birlikte kişinin hürriyetinden yoksun bırakılması cinsel saldırıdan önce meydana gelmişse veya saldırıdan sonra da devam etmişse bu durumda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu dolayısıyla sorumluluk doğacaktır^{11,12}.

Karara konu olayda da nitelikli cinsel saldırı suçunun unsuru olan bir kasten yaralama fiili bulunmaktadır. Görünüşte içtimanın bir görünüş şekli olan bileşik suçta ihlal edilen sadece tek bir hukuk normu mevcuttur ve bileşik suçun unsurunu oluşturan suçlara ilişkin normlar ayrıca uygulama alanı bulamaz¹³. Bu sebeple olayda uygulanabilecek tek norm olan Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinin 2. fıkrası hükmü bakımından mağdurun şikayetinden vazgeçmesi nedeniyle düşme kararı verilmesi sonrasında bu suçun unsurunu oluşturan kasten yaralama suçu bakımından mahkûmiyet

gürlüğü ortadan kaldırılmadan bu suçun işlenemeyeceği ve dosya kapsamına göre servis şoförü olan sanığın sevk ve idaresindeki araçta yolcu olan mağdureyi eylemiyle sınırlı şekilde alıkoymasının cinsel istismar suçunun unsuru olup, bunun dışında onu alı koyan başka bir davranışta bulunmadığının anlaşılması karşısında, kanuni unsurları itibarıyla oluşmayan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi..." Yargıtay 9. CD., E. 2021/1240, K. 2021/8161, 05.10.2021.

¹¹ Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 400; Mehmet Emin Artuk/ Ahmet Gökçen/ M. Emin Alşahin/ Ü. Kerim Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 375; Fahri Gökçen Taner, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 253; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 344.

¹² "Sanığın gazeteye verdiği ilan üzerine ... başvurusunda bulunan katıllanı işe alıp katılana cinsel ilişki teklif etmesi, cinsel ilişkiye girme teklifini kabul etmeyen katılana bıçak göstereyerek "Seni öldürürüm, buradan bana zevk vermeden gidemezsin." şeklinde sözlerle tehdit etmesi, cebir kullanmak suretiyle yatağa yatırıp cinsel saldırıya teşebbüs ettikten sonra katılının sanığı oyalayarak camdan atlayıp kaçması, fabrikanın bahçe kapısında sanığın katıllanı tekrar yakalayarak "Buradan sağ çıkamayacaksın." ve "Seni buraya atar kilitlerim. Akşama kadar çıkamazsın." şeklinde sözlerle tehdit ederek yerde sürükleyip içeriye götürmek istediği esnada tanık ...'un katıllanı görüp yardım etmesi sonucunda sanığın eylemlerinin son bulması karşısında; sanığın katıllanı elindeki bıçakla tehdit ederek katılana yönelik cinsel davranışlarda bulunduğu aşamaya kadar gerçekleşen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna yönelik eylemlerin, cinsel saldırı suçunun süresi ile sınırlı olması nedeniyle ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmadığı, bu eylemler sonrasında kaçan katıllanı tekrar yakalayan sanığın bıçağın varlığından yararlanmadığı, sanığın katıllanı bıçakla tehdit etmesinin cinsel saldırı suçunun işlenmesine yönelik olarak gerçekleştirildiği anlaşıldığından, teşebbüs aşamasında kalan nitelikli cinsel saldırı suçunu silahla işlediği kabul edilen sanığın, camdan atlayarak kaçan katıllanı yakalayıp tehdit ederek yerde sürükleyip içeriye götürmesi şeklinde gerçekleşen eyleminin ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturduğu ve bu suçun silahla işlenmediği, bu nedenle sanık hakkında TCK'nın 109/3-a maddesinin uygulanma koşullarının bulunmadığı kabul edilmelidir." YCGK, E. 2018/7, K. 2022/161, 10.03.2022.

¹³ Neslihan Göktürk, Fikri İçtima, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 132.

hükmü kurulması bileşik suçun bölünmezliği ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da aynı şekilde yargılama sonucunda cinsel saldırı suçundan açılan davanın düşürülmesine karar verilmesiyle yetinilmesi gerektiğine yönelik karar vermiş ve kasten yaralama suçu dolayısıyla ayrıca bir ceza verilemeyeceğini ortaya koymuştur.

2) A tarafından fiil işlendiği tarihte yürürlükte bulunan TCK m. 102/4 hükmünde sonradan değişiklik yapılmasının yargılama üzerindeki etkisi nedir?

İncelemeye konu olan olayda A eşine karşı fiilini 07.04.2009 tarihinde gerçekleştirmiş ve yapılan yargılama sonucunda A hakkında kurulan hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir. A'nın 5 yıl içerisinde kasten başka bir suç işlemesi nedeniyle A hakkında verilen ilk hüküm 11.12.2014 tarihinde açıklanmış ve bu hüküm hakkında kanun yoluna başvurulmuştur. Bu iki tarih arasında 18.06.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanunla Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinin 4. fıkrasında değişiklik yapılmıştır.

Bu fıkra cinsel saldırı suçu ile bu suçun icrası sırasında kullanılacak cebir arasındaki ilişkiyi ve hangi sınırlar içerisinde cebrin cinsel saldırı suçunun bir unsuru olarak kabul edileceğini ortaya koyması açısından önem taşımaktadır.

Değişiklik öncesi metinde “*Suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması*” halinde failin ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılacağı düzenlenmekteydi. Bu düzenleme doğrultusunda direnç kırılmasını sağlayacak ölçüde kullanılan cebir cinsel saldırı suçunun bir unsuru olarak kabul edilmekte ve fail ayrıca kasten yaralama suçundan cezalandırılmamaktaydı¹⁴.

İlk derece mahkemesinin olayda adli tıp şube müdürlüğünce düzenlenen “*(mağdurenin) vücudunda direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde darp ve cebir izine neden olduğu*” yönündeki rapora uygun olarak TCK m. 102/4 uyarınca kasten yaralama suçundan ayrıca cezalandırma yoluna gittiği görülmektedir. Karar tarihi itibarıyla ilk derece mahkemesinin kararı yerindedir.

¹⁴ “*sanığın cinsel saldırı sırasında mağdureyi adli tıp şube müdürlüğünden alınan rapora göre basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikteki yaralaması nedeniyle, sanığın eyleminin TCK'nın 102/4. maddesinde belirtilen mağdurenin direncini kırarak ölçünün ötesinde cebir kullanma boyutuna varmadığı, buna rağmen hükümde iddianame dışına çıkılarak, sanığın, mağdureyi basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaraladığı kabul edilerek anılan kanun maddesine aykırı hareket edilmesi suretiyle yazılı şekilde karar verilmesi*” Yargıtay 14. CD., E. 2012/2152, K. 2013/13896, 24.12.2013.

Değişiklik sonrasında ise madde metni “*Cinsel saldırı için başvuru alan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.*” şeklinde değiştirilmiştir. Bu değişiklikle cinsel saldırı suçunun icrası sırasında mağdurun direncini kırarak ölçünün ötesinde bir cebir uygulanmış olsa bile, bu cebir sonucunda kasten yaralama suçunun ağır neticeleri meydana gelmezse uygulanan cebir cinsel saldırı suçunun unsurlarından sayılacak ve ayrıca cezalandırılmayacaktır. Başka bir ifadeyle cinsel saldırı suçunun icrası sırasında gerçekleştirilen cebir kasten yaralama suçunun temel şeklini oluşturacak düzeyde ise faile ayrıca kasten yaralama suçundan ceza verilmeyecektir¹⁵.

İnceleme konusu olayda da A tarafından eşi B’ye uygulanan cebrin “(mağdurenin) yaşamını tehlikeye sokan bir duruma neden olmadığı, basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif nitelikte olmadığı” adli tıp raporunda belirtilmiştir. Bu rapordan da anlaşılacağı üzere A’nın B’ye uyguladığı cebir kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinden birine yol açmamıştır. Bu sebeple A’nın TCK m. 102/4 uyarınca ayrıca kasten yaralama suçundan cezalandırılması yeni düzenleme uyarınca mümkün değildir.

Değişiklik sonrasında hangi düzenlemenin lehe olduğu da Genel Kurulca tartışılmış ve yukarıdaki açıklamalarımızla uyumlu olarak 6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrasındaki düzenlemenin daha lehe olduğu belirlenmiş ve uygulamanın bu hükme göre yapılması gerektiğine karar verilmiştir.

3) Aile bireyleri arasında gerçekleştirilen rızaya dayalı olmayan cinsel davranışların kötü muamele suçu kapsamında değerlendirilebilmesi mümkün müdür?

Eş karşı gerçekleştirilen nitelikli cinsel saldırının suç haline getirilmesi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile gerçekleşmiştir. 765 sayılı Ceza Kanunu döneminde eşler arasında normal yoldan gerçekleştirilen cinsel davranışlar eşlerden birinin rızası olmasa bile herhangi bir suçu oluşturmamaktayken, cinsel saldırının anal yoldan gerçekleştirilmesi halinde aile efradına karşı fena

¹⁵ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 382. Cebrin boyutunun kasten yaralama suçunun basit tıbbi müdahale ile giderilebilir ölçüyü aşan her eylem bakımından gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerektiği ve failin kasten yaralama suçundan ayrıca cezalandırılması gerektiği görüşü için bkz. Gökhan Taneri/Gani Kamışlı, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 315.

muamele suçunun olduğu kabul edilmekteydi¹⁶.

Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 27.03.2018 tarihli bir kararına konu olan olayda ilk derece mahkemesi, eski kanun uygulamasına benzer bir şekilde, eşi ile zorla cinsel ilişkiye giren kişinin fiilinin kötü muamele suçunu oluşturacağına kanaat getirmiş ve bu suç dolayısıyla mahkûmiyet hükmü kurmuştur. Ceza dairesi ise yerinde olarak bu fiilin cinsel saldırı suçuna vücut vereceği gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin hükmünü bozmuştur¹⁷.

Kötü muamele suçu 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 478. maddesinde "aile efradına karşı fena muamele" başlığı altında düzenlenmekteyken bu suç ve "terbiye ve inzıbat vasıtalarının suiistimali" suçu tek bir madde altında birleştirilerek uygulama alanı genişleyecek şekilde Türk Ceza Kanunu'nun 232. maddesinde yeniden düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin aile efradına karşı fena muamele suçunun karşılığı olan birinci fıkrasına göre "*aynı konutta birlikte yaşadığı kişilerden birine karşı kötü muamelede bulunan kimse iki aydan bir yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.*"

765 sayılı Kanun döneminde kötü muamele suçunun oluşabilmesi için aralarında hukuki bir birlik bulunan çekirdek ailenin varlığı aranmaktaydı. Bununla birlikte aralarında akrabalık ilişkisi bulunmasa da bu kişilerle aynı çatı altında birlikte yaşayan kişilerin de bu suçun mağduru olabileceği kabul ediliyordu¹⁸. Yeni düzenleme ile böyle bir ayrıma gerek kalmaksızın madde metninde aile kavramına yer verilmemiş ve suçun oluşumu için kişilerin aynı

¹⁶ Sulhi Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 15. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1998, s. 222; Nur Centel/Hamide Zafer, *Cinsel Saldırı Suçu*, Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK'a ARMAĞAN (ed: Mahmut Koca), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 241; Hamide Zafer, "Kötü Muamele Suçu (TCK m.232) (Aynı Konutta Birlikte Yaşayan Birine Kötü Muamele ve Terbiye Hakkından Doğan Disiplin Yetkisinin Kötüye Kullanılması)", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı:1, Haziran 2009, s. 133; M. Emre Tulay, *Cinsel Doku-nulmazlığa Karşı Suçun Eşe Karşı İşlenmesi*, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (ABÜHFD), Cilt: 8, Sayı: 16, Aralık 2020, s. 515.

¹⁷ Yargıtay 3. CD., E. 2017/11044, K. 2018/5511, 27.03.2018. İlgili kararda da makaleye konu oluşturan karar gibi eşe yönelik bir cebir eylemi sonucunda cinsel saldırıda bulunma durumu söz konusu olup yargılama sırasında sanığın eşi mağdur şikayetinden vazgeçmiştir. İlk derece mahkemesince kötü muamele suçuna ek olarak kasten yaralama suçu dolayısıyla da adli para cezasına hükmedilmiş olup hükmün bu kısmı 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un "*Bölge adliye mahkemeleri faaliyete geçinceye kadar hapis cezasından çevrilenler hariç olmak üzere, sonuç olarak belirlenen üçbin Türk Lirası dahil adli para cezasına mahkûmiyet hükümlerine karşı temyiz yoluna başvurulamaz.*" şeklindeki geçici madde 2 hükmü dolayısıyla kesin nitelikte olduğundan temyiz istemi reddedilmiş ve kararda inceleme konusu yapılmamıştır.

¹⁸ Dönmezer, s. 225.

konutta birlikte yaşıyor olmaları yeterli görülmüştür.

Kötü muamele kavramından anlaşılması gereken, kişiye bedenene veya ruhen zarar verecek veya hürriyetini kısıtlayacak nitelikte olmakla birlikte basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçünün ötesinde bir etki meydana getirmeyecek fiildir¹⁹. Nitekim madde gerekçesinde de muamele biçiminin kişide basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçünün ötesinde bir etki getirmiş olması halinde artık kasten yaralama suçu dolayısıyla cezaya hükmedileceği belirtilmiştir²⁰. Madde gerekçesinde bunun dışında bazı hareketlerin kötü muamele oluşturacağı örnek olarak sayılmıştır. Bu davranışlar “yarı aç veya susuz bırakma”, “uyku uyutmama” ve “zor koşullarda çalışmaya mecbur etmek”tir.

Kötü muamele suçu dolayısıyla ceza sorumluluğunun doğabilmesi için aynı konutta yaşayan kişiye karşı gerçekleştirilen hareketlerin başka bir suçu oluşturmuyor olması gerekmektedir²¹. Yargıtay da kararlarında kötü muamele suçunun “*cinsel istismar, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma, yaralama, tehdit, sövme gibi başka maddelerde açıkça suç olarak düzenlenen eylemlerin dışında kalan çıplak gezdirme, aç bırakma, eve almama, evden dışarı atma, mendil sattırma, sürekli alay etme, korkutma gibi merhamet ve şefkatle bağdaşmayan eylemleri*” kapsadığını belirtmekte ve fiil başka bir suçu oluşturuyor ise kötü muamele suçunun oluşmayacağını kabul etmektedir²².

¹⁹ Dönmezer, s. 223; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 901.

²⁰ “...29.12.2008 tarihi itibarıyla on altı yaş içerisinde bulunan ve bu tarihte evinden kaçarak bir süre arkadaşlarıyla birlikte otellerde ve başka evlerde kalan mağdurun, suç tarihi olan 01.01.2009 tarihinde tesadüfen bir pazar yerinde ağabeyi olan sanık tarafından görülerek birlikte yaşadıkları eve götürüldüğü, mağdurun evden kaçmasına sinirlenen sanığın bir daha yapmasın diye mağdurun saçlarını makas kullanarak rastgele kestiği olayda;

*Her ne kadar suça konu eylem mağdurun vücut bütünlüğüne müessir olarak gerçekleştirilmiş ve mağdurda bedeni bir zararı mevcut ise de eylemin mağdurun vücuduna acı vermemesi ve ruh sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulduğundan bahsedilememesi nedeniyle **kasten yaralama suçunun oluşmadığı**, ancak failin kız kardeşini cezalandırmaya matuf olarak merhamet, acıma ve şefkatle bağdaştırılmayacak nitelikteki davranışının sonuçları itibarıyla da uzunca bir süreye yayılması nedeniyle **kötü muamele suçunu oluşturduğu**...” YCGK, E. 2016/1412, K. 2020/8, 16.01.2020.*

²¹ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 903. Suçun oluşumu için kanunda açıkça düzenlenmiş suçlar dışında kalan davranışların gerçekleştirilmesinin aranması halinde suçun uygulanma alanı bulamayacağı yönünde görüş için bkz. Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 1121.

²² “...dilecilik suçunun hareket unsurunu oluşturan “araç olarak kullanma” eyleminden söz edilebilmesi için failin dileme anında çocuğu ya da beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunan kimseyi menfaat talep edilen kişinin algılayabileceği bir

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile cinsel saldırı suçunun eşe karşı işlenmesi ayrıca düzenlenmiş olduğundan bu yöndeki fiiller kötü muamele suçunu değil cinsel saldırı suçunu oluşturacaktır²³.

Bu açıklamalar doğrultusunda, aynı konutta birlikte yaşanan kişiye karşı gerçekleştirilen fiillerin cinsel içerikte olmaları halinde ceza sorumluluğunun kötü muamele suçu dolayısıyla değil Türk Ceza Kanunu'nun cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bölümü altında tanımlanan suçlar dolayısıyla doğacağı kabul edilmelidir²⁴.

4) Bileşik suçlarda şikayetin suçun soruşturulma ve kovuşturulması üzerindeki etkisi nedir? Cinsel saldırı suçunun eşe karşı işlenmesi halinde suçun soruşturma ve kovuşturmasının şikayet şartına bağlanmış olması ne gibi sorunlar oluşturabilir?

Evlenme, sosyal amacının yanında cinsel arzuları tatmin etme gayesini de taşımaktadır²⁵. Evlilik birliği eşler arasındaki cinsel birliktelikleri de kapsamaktadır²⁶. Evlilik birliği içerisinde bulunan çiftler birbirlerinden cinsel olarak tatmin edilmeyi talep edebilirler. Doktrinde ve Yargıtay kararlarında da eşler arasında cinsel uyumsuzluk bulunması veya uzun bir süre cinsel birleşimde bulunulmamış olması evlilik birliğini temelinden sarsabilecek

*şekilde beraberinde ya da kendisine yakın bir yerde bulundurmasının gerektiği, bu anlamda mendil satma eylemi sırasında çocuğu olan ...'ın yanında ya da ona yakın bir yerde bulunmayan sanık bakımından TCK'nın 229/1. maddesinde düzenlenen **dilencilik suçunun yasal unsurlarının oluşmadığı anlaşılmakta ise de aynı konutta birlikte yaşadığı ve olay tarihi itibarıyla altı yaşını ikmal etmiş oğluna yönelik, merhamet, acıma ve şefkat duygularıyla bağdaşmayacak şekilde gece vakti, geç saatte, cadde üzerinde, tek başına mendil sattıran sanığın eyleminin aynı Kanun'un 232/1. maddesinde düzenlenen **kötü muamele suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir.*****" YCGK, E. 2020/369, K. 2021/244, 02.06.2021.

"somut olayda sanığın, olay günü alkollü olarak eve gelerek eşi ile tartışıp onu ölümle tehdit etmekten ve ona hakaret etmekten ibaret eylemlerinin, kasten yaralama ve hakaret suçlarını oluşturduğu gözetilmeden, yetersiz gerekçe ile suç vasfında yanılıya düşülerek kötü muamele suçundan mahkumiyetine karar verilmesi" Yargıtay 4. CD., E. 2017/18017, K. 2018/17370, 16.10.2018.

²³ Zafer, s. 134.

²⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 904. Tezcan/Erdem/Önok, cinsel nitelikli fiillerin de kötü muamele kapsamına girdiğini ancak bu eylemlerin ceza hukuku açısından cinsel saldırı, cinsel taciz ya da fuhşa ilişkin suçlar kapsamında ele alındığını belirtmektedir. Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 1121.

²⁵ Bilge Öztan, Aile Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 154; Mustafa Ünlütepe, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebine Dayalı Boşanma (TMK m. 166/I-II), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 162

²⁶ Tulay, s. 517.

neden olarak kabul edilmiştir²⁷. Bununla birlikte cinsel tatmine ilişkin bu talebin zorlama boyutuna varmaması gerekmektedir. Talebin bu boyuta ulaşması halinde ortaya ceza hukukunun müdahalesini gerektiren bir haksızlık çıkacak ve bu haksızlığın bir cezaya tabi tutulması gerekecektir. Bu husus TCK m. 102 gerekçesinde de “*evlilik birliği, eşlere sadakat yükümlülüğünün yanı sıra, karşılıklı olarak birbirlerinin cinsel arzularını tatmin yükümlülüğü de yüklemektedir. Buna karşılık, evlilik birliği içinde bile, cinsel arzuların tatminine yönelik talepler açısından tıbbi ve hukuki sınırların olduğu muhakkaktır. Bu sınırların ihlali suretiyle eş üzerinde gerçekleştirilen ve cinsel saldırı suçunun nitelikli halini oluşturan davranışlar, ceza yaptırımını gerekli kılmaktadır.*” şeklinde ifade edilmiştir.

Cebir veya tehdit suçlarını birer unsur olarak barındıran cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin eşe karşı işlenmesi durumunda şikayete bağlı bir suç meydana gelmektedir. Bu suçun işlenmesi sırasında kullanılan cebir kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerine yol açacak boyutta değilse, bununla birlikte basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüyü aşmışsa, unsurunu oluşturan suçlardan biri re’sen soruşturulup kovuşturulduğu halde kendisinin soruşturulup kovuşturulması şikayet şartına bağlanmış bir bileşik suç karşımıza çıkmaktadır.

Bileşik suç ile unsur suç arasındaki bu durum, inceleme konusu kararda da karşımıza çıktığı gibi, haksızlık içeriği kasten yaralama suçuna oranla daha ağır olan nitelikli cinsel saldırı suçunun eşe karşı gerçekleştirilmiş olması sebebiyle soruşturma ve kovuşturmasının şikayete bağlı kılınmış

²⁷ Mehmet Erdem/Aslı Makaracı Başak, Aile Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 124; Mustafa Dural/Tufan Öğüz/Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s. 118; Ünlütepe, s. 285-286; “*Evlenmenin sosyal amacı yanın-da, cinsel arzuları tatmin etme gayesi de vardır. Tarafların, ... fiili evlilik süresi içinde cinsel ilişki kuramadıkları anlaşılmaktadır. Bu hal evlilik birliğini temelinden sarsar. Birlikte yaşa-nan uzun süre içinde cinsel ilişkinin başarılammış olması karşısında eşlerde birbirine karşı haklı bir nefretin, en azından isteksizliğin doğacağı şüphesizdir... Ne zaman gerçekleşeceği belli olmayan ve ondan sonra da devam edip etmeyeceği şüpheli bulunan cinsel yakınlaşmayı beklemek için davacıyı zorlamak açık bir haksızlıktır. Bu koşullar altında davacıdan evlilik birliğini devam ettirmesi beklenemez. Aile birliğinin temelinden sarsıldığı (TMK m. 166/1) kabul edilerek boşanmaya karar verilmesi gerekirken davanın yetersiz gerekçe ile reddedi-lmesi usul ve kanuna aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.*” Yargıtay 2. HD., E. 2016/16507, K. 2018/6195, 15.05.2018; “*Evlilik birliği içerisinde eşler arasında cinsel ilişki kurulama-ması veya kurulmasına rağmen cinsellikle ilgili aykırı davranışlar sergilenmesi, cinsel şid-dete yönelik davranışlardan olup, evlilik birliğinin sarsılması sebebiyle boşanma davasında kusur belirlemesi bakımından hükme esas alınabilir.*” YHGK, E. 2020/131, K. 2022/1452, 08.11.2022.

olmasına rağmen bu suçun bir unsurunu oluşturabilen ve haksızlık içeriği daha hafif konumda olan kasten yaralama suçunun re'sen soruşturulup kovuşturularak mahkumiyet hükmü kurulmasına yol açmaktadır. Böylece adeta bileşik suç tekrar unsurlarına parçalanmakta ve bunlar dolayısıyla ayrıca cezalandırma yapılmaktadır. Bu uygulama bileşik suçun bölünmezliği ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

Bileşik suçlarda şikayetin suçun soruşturulma ve kovuşturulması üzerindeki etkisi bileşik suçun görünüm şekillerine göre farklılık göstermektedir. Bileşik suçun ilk görünüm şekli olan bir suçun diğer bir suçun unsurunu oluşturması halinde şikayet yalnızca bileşik suç bakımından aranacaktır²⁸. Buna göre bileşik suçun unsurunu oluşturan suçlar şikayete tabi olsa da olmasa da bileşik suç için şikayet şartı öngörülmüş ise soruşturma ve kovuşturma şartlarının bu suç bakımından oluşmuş olması aranacaktır. Bileşik suçun ikinci görünüm şeklini oluşturan bir suçun bir başka suçun cezayı ağırlaştırıcı nitelikli unsurunu oluşturması durumunda ise ağırlaştırıcı nitelikli unsur olan bağımsız suç bakımından şikayet şartı aranması halinde kanun koyucunun bileşik suçun bölünebileceğini kabul ettiğinin anlaşılması gerektiği savunulmaktadır²⁹. Bu görünüm şeklinde şikayet şartı gerçekleşmez ise sadece temel suç üzerinden cezalandırma yoluna gidilebilecek ve şikayet şartına bağlanmış suçu içerisinde barındıran nitelikli hal dolayısıyla yargılama yapılmayacaktır³⁰.

Bir suçun soruşturulma ve kovuşturulmasının şikayet şartına bağlanması, bu suçun haksızlık içeriğinin azlığından kaynaklanabileceği gibi suç konusu olayın mahremiyeti nedeniyle başkaları tarafından öğrenilmesi halinde sakınca doğurabilecek nitelikte olmasından da kaynaklanabilmektedir³¹.

Şikayetin ceza muhakemesinde bir şart olarak aranması ile amaçlanan önceleri sanığın cezalandırılmasını isteyip istemediği yönünde suçtan zarar görenin iradesini ortaya koyabilmesini sağlamakken, ilerleyen zamanlarda suçluyu cezalandırmanın bir devlet görevi olduğu kabul edildiğinden bu amaç yerini suçtan zarar görenin korunmasına bırakmıştır³².

²⁸ Mustafa Özen, Suçların İçtimaı (Zincirleme Suç – Fikri İçtima – Bileşik Suç), Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008, s. 164

²⁹ Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 617.

³⁰ Özen, s. 165.

³¹ Özgenç, s. 772.

³² Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, “Yazılı Başvuru Şartının Hukuki Niteliği”, Kazancı Hukuk

Eşe karşı işlenen cinsel saldırı suçunun şikayet şartına bağlanmasıyla da suçun mağduru eşin bu yönde bir iradesi olmaksızın meydana gelen suçun başkaları tarafından öğrenilmesi halinde mağduriyetinin artabilecek olması gibi sakıncaların önüne geçilmeye çalışılmaktadır³³. Bir suçun re'sen soruşturulup kovuşturulması, suçtan zarar görenin uğradığı zararın artmasının önlenmesi ile elde edilecek toplumsal fayda ile suçlunun cezalandırılması ile elde edilecek toplumsal faydanın karşılaştırılması sonucunda belirlenmektedir. Suçlunun cezalandırılmasının toplum bakımından daha faydalı olduğu sonucuna varılırsa suç re'sen soruşturulur, aksi taktirde suçun soruşturma ve kovuşturulması için şikayet şartı aranır³⁴.

Kanun koyucu suçun re'sen soruşturulup kovuşturulması sonucunda elde edilecek yararın mağdurun karşılaşılabileceği sakıncalar sonucunda meydana gelebilecek zarardan daha az olduğuna kanaat getirmiş ve eşler arasında gerçekleşen cinsel saldırı suçunu şikayet şartına bağlamıştır³⁵.

Eşe karşı işlenen cinsel saldırı suçunun şikayete bağlanmasının sonucu olarak bu suçların büyük bir kısmının gizli kalacağı, bununla birlikte suça kanunda yer verilmesiyle bu hareketlerin onaylanmadığının ortaya konduğu ve bu durumun potansiyel suçlular bakımından caydırıcı etki oluşturabileceği savunulmaktadır³⁶.

Vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilen cinsel saldırı için kanunda öngörülen ceza miktarının yüksekliği göz önünde bulundurulduğunda, bu derece ağır bir suçun şikayete bağlı tutulması mağdur üzerinde büyük bir baskı doğuracak ve şikayetten vazgeçme hakkının kötüye kullanılmasına neden olabilecektir³⁷. Nitekim doktrinde, evlilik birliği içerisinde, eşler arasında gerçekleştirilen nitelikli cinsel saldırı suçunun soruşturma ve kovuşturmasının şikayet şartına bağlanmış olmasının bu şekilde gerçekleşen suçların büyük bir kısmının soruşturulması ve kovuşturulmasının fiilen olanaksız hale geldiği belirtilmektedir³⁸.

Araştırmaları Dergisi, 2013, 101-102, 97-108, s. 98.

³³ Cumhuriyet Şahin/Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 61; Özgenç, s. 772; İçel, s. 245.

³⁴ Yenisey/Nuhoğlu, s. 98.

³⁵ Özgenç, s. 772.

³⁶ Centel/Zafer, s. 242.

³⁷ Aynı yönde bkz. Mustafa Arslantürk, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 160.

³⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s. 405; Zeki Hafızoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 5. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 163; Tulay, s. 518.

KAYNAKÇA

- Akbulut B, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- Aksoy İpekçioğlu P, “Türk Ceza Kanunu’nda Bileşik Suç”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012, 61(1), 43-67.
- Arslantürk M, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Artuk M E/Gökcen A/Alşahin M E/Çakır Ü K, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Centel N/Zafer H, Cinsel Saldırı Suçu, Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK’a ARMAĞAN (ed: Mahmut Koca), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Dönmezer S, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 15. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1998.
- Dural M/Öğüz T/Gümüş M A, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.
- Erdem M/Makaracı Başak A, Aile Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- Göktürk N, Fikri İçtima, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Hafizoğulları Z/Özen M, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 5. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Hakeri H, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- İçel K, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Koca M/Üzülmez İ, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Koca M/Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Özbek V Ö/Doğan K/Bacaksız P, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Özen M, Suçların İçtimaı (Zincirleme Suç – Fikri İçtima – Bileşik Suç), Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008.
- Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

- Öztan B, Aile Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.
- Şahin C/Göktürk N, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Taner F G, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- Taneri G/Kamışlı G, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Tezcan D/Erdem M R/Önok R M, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Tulay M E, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçun Eşe Karşı İşlenmesi, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (ABÜHFD), Aralık 2020, 8(16), 507-524.
- Ünlütepe M, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebine Dayalı Boşanma (TMK m. 166/I-II), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- Yenisey F/Nuhoğlu A, “Yazılı Başvuru Şartının Hukuki Niteliği”, Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2013, 101-102, 97-108.
- Zafer H, “Kötü Muamele Suçu (TCK m.232) (Aynı Konutta Birlikte Yaşayan Birine Kötü Muamele ve Terbiye Hakkından Doğan Disiplin Yetkisinin Kötüye Kullanılması)”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran 2009, 8(1), 119-172.

YARARLANILAN KARARLAR

- YCGK, E. 2018/7, K. 2022/161, 10.03.2022.
- YCGK, E. 2019/16, K. 2021/281, 15.06.2021
- YCGK, E. 2020/369, K. 2021/244, 02.06.2021.
- YCGK, E. 2016/1412, K. 2020/8, 16.01.2020.
- YHGK, E. 2020/131, K. 2022/1452, 08.11.2022.
- Yargıtay 3. CD., E. 2017/11044, K. 2018/5511, 27.03.2018.
- Yargıtay 4. CD., E. 2017/18017, K. 2018/17370, 16.10.2018.
- Yargıtay 9. CD., E. 2021/1240, K. 2021/8161, 05.10.2021.
- Yargıtay 14. CD., E. 2012/2152, K. 2013/13896, 24.12.2013.
- Yargıtay 2. HD., E. 2016/16507, K. 2018/6195, 15.05.2018.

**YARGITAY CEZA GENEL KURULU’NUN 30.03.2021 TARİH VE
2017/1018 E., 2021/147 K. SAYILI KARARI EKSENİNDE YAĞMA
SUÇUNA İLİŞKİN TARTIŞMALAR**

***Discussions Concerning Crime Of Plunder, On Axis Of The 30.03.2021
Dated And 2017/1018 - 2021/147 Numbered Decision Of The Court Of
Cassation General Assembly Of
Criminal Chamber***

Ayşen ALAN*

Özet

Bu çalışmada Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 30.03.2021 Tarih ve 2017/1018 E. ve 2021/147 sayılı kararına konu teşkil eden olay, özellikle yağma suçunun konusu bağlamında incelenmiştir. Bunun yanında kararda karşı oyda yer aldığından, yağma suçunda tehditden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin açıklamalara da yer verilmiştir. Kararda hakkı olmayan yere tecavüz suçunun oluşup oluşmadığının tartışma konusu yapılmaması eksiklik olarak değerlendirildiğinden buna ilişkin de ayrı bir başlığa yer verilmiştir.

Senedin yağması, TCK m. 148’de klasik yağma suçuyla aynı fıkra düzenlenmemiştir. Bu durum, senedin yağmasını farklı bir suç kılmamaktadır. Bu bağlamda senedin yağması, klasik yağma suçunun özel bir işleniş şeklidir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, sırf tapu senedinin alınmasının senedin yağması olduğu kanaatinde olup; tehdide rağmen bu senedin alınmamasını suçta teşebbüs olarak değerlendirmiştir. Olayda senedin yağmasına teşebbüs bulunduğu açıktır. Ancak suçun konusunu tapu senedi değil; tapuda resmi şekilde yapılan ve hukuken “resmi senet” olarak adlandırılan sözleşme oluşturmaktadır. Keza olayda hakkı olmayan yere tecavüz suçu da oluşmuştur. Fakat bu suç için öngörülen şikayet şartı için aranan hak düşürücü süre geçtiğinden dolayı kamu davası açılmayacaktır.

Anahtar Kavramlar: yağma suçu, senet, taşınmaz mal, hakkı olmayan yere tecavüz suçu, tehdit.

Abstract

In this study, 30.03.2021 dated and 2017/1018 - 2021/147 numbered decision of General Assembly for Penal of Supreme Court is reviewed especially in the context of the subject of crime of plunder. Besides of this, because of a dissenting opinion, which

* Arş. Gör., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye, **e-posta:** aysen.alan@hbv.edu.tr, aysen.alan@atauni.edu.tr. **ORCID:** 0000-0001-6585-8321.

is in this decision, about threat in plunder, it is also tackled. Since it is considered as a deficiency in the decision that, whether crime of invasion of a place occurred or not, a separate title has been included with respect to this.

Crime of plunder of bill was not regularized in the same sub-article with classic crime of plunder. It does not mean that plunder of bill is a different crime type. In this sense, plunder of bill is a special type of classic plunder. General Assembly for Panel of Supreme Court is of the opinion that in case of taking even real estate deed with threat occurs crime of plunder. Therefore, in this decision, despite the threat the real estate deed could not be taken, it is decided as an attempt of crime. It is clear that in this case there is an attempt. The subject of the crime is not real estate deed, but it is sales contract, named legally as "formal deed" and formed in land office. Likewise, crime of invasion also occurred in this case. However, since the period of prescription for the complaint has passed, it is not possible to file a criminal case.

Keywords: *crime of plunder, bill, immovable property, crime of invasion of a place, threat.*

I. OLAY

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun, 30.03.2021 tarih ve 2017/1018 E., 2021/147 K. sayılı kararına konu teşkil eden olayda; X Anonim Şirketine ait bir tane dükkan satın alan (A), daha sonraki bir tarihte aynı şirkete ait iki dükkanı daha banka kredisi kullanarak satın almak ister. Bankadan kredi çekebilmek için bu iş yerlerinin satışının önceden yapılması gerektiğini daha sonra kredi alabileceğini bildirdiği X A.Ş. yetkilileri bu teklifi kabul ederler ve söz konusu iş yerlerinin devri yapılır. (A) bunun karşılığında toplam 60.000 TL bedelli 3 adet çek ve 10.000 TL nakit para verir. (A)'nın arkadaşı (B), X A.Ş.'nin muhasebecisi olan (C)'yi arayarak banka kredisinin çıktığını, çeklerin bedelini ödeyeceklerini ancak çekleri getirmesi gerektiğini söyler. Bu durumu şirket ortaklarından olan (D)'ye haber veren (C), üç adet toplam 60.000 TL değerindeki çekleri alıp Q Center Alışveriş Merkezinde bulunan (A) ve (B)'nin iş yerine gider. İş yerinde bulunan (B) ve (E)'nin, paranın alınabilmesi için çeklerin bankaya ibraz edilmesi gerektiğini söylemeleri üzerine (C) söz konusu üç tane çeki (B) ve (E)'ye verir. (E), çekleri alarak bankaya gider. Bir süre sonra da iş yerine dönerek bankada o miktarda para olmadığını; (C)'nin çekleri geri istemesi üzerine de delinmiş ve iptal edilmiş durumda olan çekleri göstererek¹ ertesi gün parayı çekip ödeyeceklerini söyler. (C) bir gün sonra

¹ Çeklerin durumu olayda bu şekilde ifade edilmiş olup, olayın akışından delme ve iptal işlemini bankanın mı yaptığı yoksa kişinin bu işlemleri bankanın yaptığı yönünde bir izlenim mi

söz konusu iş yerine tekrar gider ancak parayı alamaz.

Daha sonra (A), yine X Anonim Şirketi adına kayıtlı iki tane dükkan ile (D)'nin kuzeninin annesi adına kayıtlı olan bir tane dükkanı banka kredisi kullanarak satın almak ister. (D) ise daha önce satışı yapılan (yukarıda konu edilen) dükkanların parasını ödememesi nedeniyle (A)'ya bu dükkanları satmak istemediğini söyler. Bunun üzerine (A), (B) ve (E) bu üç dükkanın duvarlarını yıkmak suretiyle tek bir dükkan hâline getirerek burayı işgal ederler. (D) işgal ettikleri dükkanları boşaltmalarını istemesine rağmen boşaltmazlar. (A), (B) vasıtasıyla “Biz bu dükkanları boşaltmıyoruz, bu dükkanların bize satılacağı yönünde (D) bize söz vermiştir, bu söz yerine getirilecek aksi takdirde biz buraları almasını biliriz.” diyerek tehdit eder. (A), (E)'den (D)'nin arabasının tavanına tuğla atılmasını ister ve bu suretle malına zarar veririr. Bunlara rağmen söz konusu üç dükkanın tapuda devirleri yapılmaz.

Kaymakamlıkça verilen 28.03.2008 tarihli kararda; iş yerleriyle ilgili 3091 sayılı Kanun gereğince 24.03.2008 yapılan tahkikat sonucunda; ihtilaf konusu gayrimenkullerin X A.Ş.'ye ait olduğu, adı geçen şirket yetkilileri ile (A)'nın ticari ilişki içerisinde oldukları ve daha önce birkaç iş yeri alım satımı yaptıkları, ihtilaf konusu iş yerinin alım satımı için karşılıklı görüşmeler yapıldığı, akabinde (A)'nın kasım ayından itibaren tadilat işlerine başladığı ve üç adet iş yeri arasındaki bölme duvarlarının yıkımını gerçekleştirdiği, X A.Ş.'nin, ihtilaf konusu iş yerlerinin bulunduğu alışveriş merkezinin 2. katında iş yerlerinin bulunduğu, şirket yetkililerinin burada yapılan tadilatlar ve çalışmalardan başlanıldığı anda haberdar olabilecekleri, 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyedliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun'un 4.

oluşturmaya çalıştığı anlaşılabilir. Bu husus kararda şu şekilde geçmektedir: “Tanık ...Alışveriş Merkezinde bulunan sanıkların iş yerlerine gittiğini, iş yerinde olan inceleme dışı sanıklar... ve ...in paranın alınabilmesi için çeklerin bankaya ibraz edilmesi gerektiğini söylemeleri üzerine getirmiş olduğu çekleri inceleme dışı sanıklara verdiğini, inceleme dışı sanık ...'in çekleri alarak bankaya gittiğini, bir süre sonra geldiğinde bankada o miktarda para olmadığını söylediğini, kendisinin de çekleri geri istediğini, bu kişinin çekleri göstererek yarın parayı çekeceklerini ve ödemeyi yarın yapacaklarını söylediğini, söz konusu çeklerin delinmiş ve iptal edilmiş durumda olduğunu...”

madde² gereğince zilyetliğin idari yoldan korunması³ yoluna yasal süresinde başvuruda bulunulmadığı gerekçesiyle talebin reddine karar verilmiştir.

II. MERCİLERİN ÇÖZÜM ŞEKİLLERİ

1) İlk derece mahkemesi olarak İzmir (Kapatılan) 10. Ağır Ceza Mahkemesi;

a) (A) ve (E)'nin (D)'ye yönelik işlediği nitelikli yağma suçundan TCK'nın 149/1-a, c, d, f, g maddesi uyarınca 13 yıl hapis cezası,

b) (B), (E) ve (A)'nın ise (D)'ye karşı dolandırıcılık suçundan TCK'nın 157/1 ve 52/2. maddeleri uyarınca 3 yıl hapis ve 40.000 TL adli para cezası ile cezalandırılmalarına hükmetmiştir.

2) Yargıtay 6. Ceza Dairesi, hükmün oy çokluğuyla onanmasına karar vermiştir.

3) Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı;

a) (D)'ye yönelik dolandırıcılık suçuna ilişkin eylemde, failerin

“...hile boyutuna ulaşan bir eylemleri olmayıp para hükmüne haiz kıymetli evrakin bedeli veya bedeli yerine geçen bir karşılık alınmadan geri verilmesi fiilinin dolandırıcılık suçunun oluşmasına yeterli olmadığı”;

b) (D)'ye yönelik yağma suçuna ilişkin eylemde:

“...dosya kapsamındaki bilgi ve belgeler ile müştekilerin aşamalandaki beyanlarından, sanıkların tehditle suça konu dükkanlara el koymak istedikleri hatta ara bölme duvarlarını izinsiz yıkarak tadilata başladıkları görülmüş ise de suça konu dükkanların tapuda kayıtlı olup tapu kayıtlarının sanıklara veya

² İfade etmek gerekir ki inceleme konusu kararda 21. madde demekte ise de 3091 sayılı Kanunun 21. maddesi “yürürlük” maddesi olup kanaatimizce aynı Kanununun 4. maddesinde belirtilen süreler kast edilmiştir. Bu nedenle metne 4. madde yazmayı uygun gördük. “Başvuruda bulunma süresi” başlıklı 4. maddeye göre, “Yetkililerin; tecavüz veya müdahalenin yapıldığını öğrendikleri tarihten altmış gün içinde, idari makama başvuruda bulunmaları gerekir. Ancak, tecavüz veya müdahalenin oluşundan itibaren bir yıl geçtikten sonra bu makamlara başvuruda bulunulamaz.”

³ Zilyetliğin idari yoldan korunmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Ayan, Eşya Hukuku I Zilyetlik ve Tapu Sicili, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 124 vd.

gösterdikleri başka kişilere zorla devredilmemiş olduğu, tapu kayıtlarının suç tarihinde katılan maliklerin üzerinde kalmaya devam ettiği, taşınmazların yağmaya konu olabilmesi için yağma suçunu düzenleyen TCK 148/2. fıkrasında belirtildiği şekilde, taşınmazın tapu kaydının yani mülkiyet belgesinin devri ya da mülkiyet belgesinin devrine yarayan vekâletname, feragat gibi başka bir belgenin sanıklar tarafından alınması gerekmektedir. Taşınmaza fiilen el atılması yağma suçunun tamamlandığının kabulüne yeterli değildir. Dolayısıyla bu taşınmazlara el koymaya ve mülkiyetlerini cebir ve tehditle almaya yönelik eylem teşebbüs aşamasında kalmış tamamlanmamıştır.”

görüşleriyle itiraz yoluna başvurmuştur.

4) CMK'nın 308. maddesi uyarınca inceleme yapan Yargıtay 6. Ceza Dairesi; itiraz nedenlerini yerinde görmemiş, bunun üzerine dosya Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilmiştir. Devamında dosya Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiştir.

5) Ceza Genel Kurulu:

a) “...dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için yapılan yalan açıklamaların doğruluğunu kabul ettirebilecek, böylece muhatabın inceleme eğilimini etkisiz bırakabilecek yoğunluk ve güçte olmasının gerektiği, somut olayda ise çeklerin karşılığının ödeneceğinden bahisle olay yerine çağrılan tanık (C'den) bankadan paranın alınabilmesi için çeklerin bankaya ibraz edilmesi gerektiğini söyleyerek çeklerin alınması ancak karşılığının ödenmemesi eyleminin dolandırıcılık suçunun unsurunu oluşturabilecek nitelikte hileli bir davranış olmadığı, basit bir yalan niteliğinde olduğu ve bu davranışların katılanın denetleme imkanını ortadan kaldıracabilecek yoğunluk ve güçte olmadığı, sanık (A) ile katılan (D) arasındaki ihtilafın hukuki nitelikte olduğu ve sanık (B'ye) atılı dolandırıcılık suçunun unsurları itibarıyla oluşmadığı, buna bağlı olarak da sanık (A)'nın bu suçtan dolayı cezalandırılmayacağı ancak eyleminin resmî belgeyi bozmak, yok etmek veya gizlemek suçunu oluşturabileceği ve bu hususun karar yerinde tartışılması gerektiği kabul edilmelidir.”

şeklindeki gerekçesiyle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulüne, Özel Dairenin onama kararının sanıklar (A) ve (B) hakkında katılan (D)'ye yönelik dolandırıcılık suçundan kurulan mahkûmiyet hükümlerine ilişkin kısmının kaldırılmasına, Yerel Mahkemece sanıklar hakkında katılana yönelik dolandırıcılık suçundan kurulan mahkûmiyet hükümlerinin, dolandırıcılık suçunun unsurları itibarıyla oluşmadığının gözetilmemesi

isabetsizliğinden bozulmasına karar vermiştir.

b) “...TCK'nın 148. maddesinin birinci fıkrasındaki... düzenlemede yağma suçunun konusu mal olarak belirtilip taşınır veya taşınmaz olması arasında herhangi bir ayırım yapılmamış ise de aynı maddenin gerekçesinde ...yağma suçuna konu olan malın taşınır mal olduğunun açıkça ifade edilmesi, ayrıca birçok Ceza Genel Kurulu kararında da belirtildiği üzere yağma suçunun, tehdit veya cebir ile hırsızlık suçlarının bir araya gelmesiyle oluşan bileşik suç niteliğinde olması ve TCK'nın 141. maddesinde de hırsızlık suçunun taşınır mallara karşı işlenebileceğinin açıkça düzenlenmesi karşısında, taşınmazların yağma suçuna konu olamayacağı kabulünün gerektiği, cebir veya tehdit kullanılmak suretiyle başkasına ait taşınmaz bir malın tapuda devredilmesi hâlinde ise yağma suçunun konusunu taşınmaz değil; taşınmazın mülkiyetini geçiren ve taşınır mal niteliğinde olan tapu senedinin oluşturacağı, dolayısıyla söz konusu eylemin TCK'nın 148. maddenin birinci fıkrasındaki suçu değil aynı maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen senet yağması suçuna vücut vereceği hususları göz önünde bulundurularak yapılan değerlendirmede; sanık (A'nın) suça konu iş yerlerinin tapudan devrinin yapılmasına yönelik katılan (D'yi) tehdit etmesine rağmen söz konusu iş yerlerinin tapu devirlerinin yapılmadığı, sanıklar tarafından iş yerlerine fiilen el atılmış olmasının da yağma suçunun tamamlanması için yeterli olmayacağı, bu hâliyle sanıklara atılı nitelikli yağma suçunun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmelidir.”

gerekçesiyle de Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulüne, Özel Dairenin onama kararının sanıkların katılana yönelik işledikleri iddia olunan nitelikli yağma suçu yönünden kaldırılmasına, Yerel Mahkemece sanıkların katılana yönelik yağma suçundan kurulan mahkûmiyet hükümlerinin, sanıkların eylemlerinin teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmeksizin tamamlanmış nitelikli yağma suçundan mahkûmiyet hükümleri kurulması isabetsizliğinden bozulmasına karar vermiştir.

6) Bir Ceza Genel Kurulu üyesi, “Sair tehdit ile yağma suçunun işlenemeyeceği, somut olayda da ‘Biz bu dükkanları boşaltmıyoruz, bu dükkanların bize satılacağı yönünde...söz vermiştir, bu söz yerine getirilecek aksi takdirde biz buraları almasını biliriz.’ şeklindeki cümlelerin sair tehdit niteliğinde olduğu ...yağma suçunun unsurları itibarıyla oluşmadığı,” düşüncesiyle karşı oy kullanmıştır.

III. ÇÖZÜMLENMESİ GEREKEN HUKUKÎ PROBLEMLER

Söz konusu olay bağlamında çözümlenmesi gerektiğini düşündüğümüz hukuki problemler sırasıyla şunlardır:

1) Taşınmaz malların yağma suçuna konu olabilmesi mümkün müdür? Bu bağlamda somut olay, TCK m. 148'in hangi fıkrasına uygun düşmektedir?

2) Somut olaydaki tehdit, yağma suçunun oluşması bakımından gerekli ciddiyeti haiz midir?

3) (D)'nin rızası olmaksızın üç dükkanın duvarlarının yıkılarak tek dükkan haline getirilmesi ve bu dükkanlara yerleşilmesi TCK'nın hangi hükümlerine göre sorumlu tutulmayı gerektirir?

4) Kaymakamlığın 3091 sayılı Kanun uyarınca yaptığı tahkikattaki bilgiler dikkate alındığında, bunların olayda bir hukuka uygunluk sebebinin kabulünü sağlaması mümkün müdür?

IV. GENEL AÇIKLAMALARIMIZ

A) YAĞMA

1) TCK m. 148/1 ile m. 148/2 Arasındaki İlişki

765 sayılı TCK'nın 495. maddesi ve devamında düzenlenen yağma suçu; 5237 sayılı TCK'de ise 148 ila 150. maddeleri arasında düzenleme alanı bulmuştur⁴. Senedin yağması suçu, 765 sayılı TCK'de ise müstakil bir suç olarak 496. maddede⁵ düzenlemiştir⁶. 5237 sayılı TCK ise senedin yağması

⁴ Kadir Nazmi Yelkenci, "Malvarlığına Karşı Suçlar", Türk Ceza Kanununun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları: 10, İstanbul, 2008, 365-381, s. 373; Selman Dursun, "Malvarlığına karşı suçlar", Hukuki Perspektifler Dergisi, Sonbahar 2004, (2), 190-196, s. 193 <http://www.selmandursun.com/wp-content/uploads/sdursun-malvarligina-karsi-suclar.pdf> Erişim Tarihi: 06.11.2022.

⁵ 765 sayılı TCK m. 496'ya göre, "Her kim, bir kimseyi cebir ve şiddet kullanarak veya şahsan veya malen büyük bir tehlikeye düşüreceği beyanı ile tehdit ederek o kimsenin yahut başkasının zararına hukukça hükmü haiz bir senedi vermeye veya imza etmeye yahut koparıp mahvetmeye mecbur bırakılırsa on seneden yirmi seneye kadar ağır hapis cezasına mahkûm olur."

⁶ Mustafa Arslantürk, İcrasından İnfazına Bütün Yönleriyle Yağma Suçu, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021, s. 69; Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi, 4. Cilt, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021, s. 5338; Gizem Erkan Kılıç, Yağma Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, s. 8.

ile klasik yağmayı aynı maddede düzenlemiştir⁷. TCK m. 148/1'de yağma suçunun *klasik* şekline yer verilmiş; m. 148/2'de, suçun klasik şeklinden ayrı olarak⁸, mağduru veya başkasını borçlandıran senet düzenlenmesi veya önceden düzenlenen senedin hükümsüz olduğuna ilişkin belge düzenlenmesi ya da önceden düzenlenen senedin hükümsüz olduğuna ilişkin belgenin düzenlenmesi için cebir veya tehdit kullanılması *senedin yağması* olarak düzenlenmiştir⁹.

Bir görüşe göre, TCK m. 148/1'de suçun konusu taşınabilir bir mal olup bu suç "*klasik yağma suçu*"dur. TCK m. 148/2'de düzenlenen suçun konusu ise kural olarak "senet" olup bu suç ilk fıkradakinden farklı olarak "*senedin yağması suçu*"dur¹⁰. Öğretide baskın görüş olan diğer bir görüşe göre ise senedin yağması, ayrı bir suç olmayıp TCK m. 148/1'de düzenlenen klasik yağma suçunun bir özel bir işleniş şeklidir¹¹. Bu anlayış, senedin yağmasını müstakil bir maddede düzenleyen 765 sayılı TCK döneminde de

⁷ Erdener Yurtcan, "Malvarlığına Karşı Suçlar", Türk Ceza Kanununun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları: 10, İstanbul, 2008, 345-364, s. 348; Murat Demiş, Yağma Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, s. 77.

⁸ Murat Semiz, Mal Varlığına Karşı Suçlar ve Cezalandırma-Yargılama Hüküm Kurma Esasları, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022, s. 780.

⁹ Mustafa Hakan Ünal, Yargıtay ve İstinaf (BAM) Kararları Işığı Altında Yağma Suçu ve Benzer Suçlarla Karşılaştırılması, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021, s. 45; Fidan Balcı/Seyithan Öztürk, Hırsızlık Karşılıksız Yararlanma (Kaçak Elektrik, Su ve Doğalgaz Kullanımı) ve Yağma Suçları, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020, s. 639; Ali Kemal Yıldız, "Yağma" in Özel Ceza Hukuku Malvarlığına Karşı Suçlar, Cilt IV, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 77; Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, 2016, 75-114, s. 402; Mahmut Koca/İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022,, s. 743.

¹⁰ Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt 1, 4. Baskı, Beta Basım Yayın Dağıtım, 2017, s. 412; Yıldız, s. 78; Gökhan Taneri/Gani Kamışlı, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 897; Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 794; Keskin Kaylan, "Yargıtay Kararları Işığında Yağma Suçları", Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran 2013, (1), 39-49, s. 42.

¹¹ Balcı/Öztürk, s. 655; Esra Şule Korkmaz, Türk Ceza Hukukunda Yağma Suçu, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 49, 72; Mahmut Koca, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yağma Suçu", Legal Hukuk Dergisi, Ağustos 2005, 2799-2817, s. 2802, 2811; Burak Taş, "Senedin Yağması Suçu", NKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021, (1), 231-264, s. 260; Sevim Sahillioğlu Baklacı, Yağma Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020, s. 10; Eyüp Savcı, Yağma Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. 44; Koca/Üzülmüş, Özel Hükümler, s. 743.

kabul edilmekteydi¹². TCK m. 148'in 1. ve 2. fıkralarında düzenlenen suçlar arasında konu ve hareket dışında diğer unsurlar büyük oranda aynıdır¹³. Hatta TCK m. 148/2, yaptırım bakımından da ilk fıkraya atıfta bulunmuştur¹⁴. Bu nedenle öğretilerde bu suçlar çoğunlukla aynı başlık altında ve farklı özellikleri belirtilerek açıklanmıştır¹⁵. Bu görüşü savunan yazarlara göre, senedin yağmasının 765 sayılı TCK'dan farklı olarak klasik yağma ile aynı maddede düzenlenmesi yerinde olmuştur. Aslında senet de taşınır mal kavramının içinde değerlendirileceğinden ayrı bir madde öngörülmesi gereksiz ise de, maddede ilk fıkradan farklı fiiller cezalandırıldığından bu yönde açıkça bir düzenleme yapılması isabetlidir¹⁶. Biz de bu görüşe katılmaktayız.

TCK m. 148'in bu fıkraları arasındaki ilişkinin asıl önemi, failin cebir veya tehditle hem bir senet hem de taşınır mal, bu bağlamda örneğin para aldığı hallerde nasıl bir uygulama yapılacağına kendini gösterir. Böyle bir ihtimal halinde failin hem TCK m. 148/1 hem de 148/2'den ayrı ayrı cezalandırılması söz konusu olmayacaktır. Öğretilerde, burada tek bir fiil bulunduğu için; failin bir fiilden dolayı iki kere cezalandırılması yoluna gidilemeyeceği; bu durumda yalnızca TCK m. 148/1'den dolayı cezalandırılması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁷. Biz de bu görüşe birtakım hususlar ekleyerek katılıyoruz. Belirttiğimiz üzere senedin yağması, klasik yağma suçunun özel bir şeklidir. Aşağıda belirteceğimiz üzere senedin yağmasında suçun konusu, tıpkı TCK m. 148/1'deki gibi taşınır olan bir senettir. Kanun koyucu senedin içeriğini de korumak istediğinden bunu ayrı bir fıkrada düzenlemiştir. Ancak böyle bir düzenleme olmasaydı da bir senet maddi olarak taşınır nitelikte kağıt olduğundan cebir veya tehditle alınması halinde klasik yağma hükümleri

¹² Faruk Erem/Nevzat Toroslu, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Basım, Savaş Yayınları, 1983, s. 636; Mahmut Koca, Yağma Cürümleri, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 90.

¹³ Yıldız, s. 78; Abdülhalim Arslanbaş, Yağma Suçları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009, s. 97; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 743.

¹⁴ Hüseyin Altınay, Yağma Suçu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Antalya Bilim Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2020, s. 30; Hüseyin Eker, Açıklamalı-İçtihatlı Yağma Suçları, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2014, s. 100.

¹⁵ Yıldız, s. 78; Altınay, s. 56.

¹⁶ Mahmut Koca, "5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Malvarlığına karşı işlenen suçlar", Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri Hakemli Dergi, 2005, (5), 67-92, s. 81. Soyaslan'a göre de senedin yağması, TCK m. 148/1'de düzenlenen klasik yağmaya göre özel hüküm niteliğinde olup; ayrıca bir düzenleme yapılmasaydı fail ilk fıkra uyarınca cezalandırılacaktı. Soyaslan, s. 412.

¹⁷ Koca, Yağma Cürümleri, s. 287-288.

uyarınca cezalandırılabilir. Dolayısıyla burada her ne kadar özel norm-genel norm ilişkisi var gibi görünse de ceza bakımından TCK m. 148/2'nin ilk fıkraya yaptığı gönderme de göz önünde bulundurulmalıdır. Burada genel norm diyebileceğimiz TCK m. 148/1, 2. fıkrayı da kapsamaktadır. Bu nedenle failin hem senet hem de para/taşınır mal aldığı olaylarda TCK m. 148/1'den ceza tayinine gidilmeli; ancak cezanın belirlenmesinde suça konu olan senet de göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim Yargıtay da benzer olaylarda TCK m. 148/1 ve 148/2 arasında ayrıma gitmemiş; failin “yağma suçundan” dolayı cezalandırılacağı yönünde karar vermiştir¹⁸.

2) Yağma Suçuyla Korunan Hukuki Değer ve Suçun Konusu

Yağma suçunun temel özelliği, malın ya da senedin alınmasıdır. Kanun koyucu da bunu dikkate alarak suçu malvarlığına karşı suçlar içinde düzenlemiştir. Bir görüşe göre, TCK m. 148/1'de korunan hukuki değer hırsızlık suçunda olduğu gibi *zilyetliktir*¹⁹. Diğer bir görüşe göre,

¹⁸ “...sanık ...'un kardeşleri olan diğer sanıkların da katılımı ile müştekiyi dövdükleri, müştekinin cebinde bulunan 2.800 TL parayı aldıkları, müştekiye zorla senet imzalamaya çalıştıkları, imzalamayınca müştekiyi araçlarına bindirerek kendi iş yerlerine götürdükleri, burada da sanıkların hep birlikte müştekiyi darp ettikleri, tehditle otunun değeri kadar 2 adet zorla senet imzalattıkları, daha sonra müştekiyi bıraktıkları ve müştekinin kolluğa gelerek şikayette bulunduğu, sonrasında sanıkların zorla imzalattığı senetleri ve aldıkları paranın 1050 TL sini iade ettikleri anlaşılan somut olayda; müştekinin aşamalarındaki beyanları, bu beyanları doğrulayan doktor raporu, kollukta ve mahkeme aşamasında dinlenen tanık beyanları dikkate alındığında, sanıkların sübut bulan eylemlerinin TCK'nın 149/1-c-d, maddesinde düzenlenen **nitelikli yağma suçunu oluşturduğu gözetilmeden**, suçun vafında ve delillerin takdirinde yanılığa düşülerek yerinde ve yeterli olmayan gerekçeyle yazılı şekilde hüküm kurulması, ...” Yargıtay 6. CD 09.06.2021 tarih ve 2020/2636 E., 2021/11019 K. sayılı kararı. “...olay günü gece saat: 18.00 sıralarında araçlarını tamir ettirmek bahanesi ile oto tamircisi olan mağdurun aracına sanık ... ile inceleme konusu olmayan sanıklardan birinin bindiği, araç hareket halinde iken inceleme konusu olmayan sanığın aracın arka tarafına oturup elindeki sopayı mağdurun boğazına dayayıp geriye doğru çektiği, sanık ...'ın ise elindeki silahın kapağı ile mağdurun gözüne vurup aracı durdurup mağduru aracın arka tarafına aldıktan sonra sanığın aracı kullanarak mağduru Hıdırlık tepesindeki müstakil bir eve götürdükleri burada inceleme konusu olmayan diğer sanıklarında başka bir araç ile geldikleri, mağdurun üzerinde bulunan 350 TL parası, cep telefonu ile içerisinde kredi kartları ve diğer belgeler ile 10 Avro para bulunan cüzdanını aldıkları, boş senetlere imza attırdıkları, silahın kapağı ile kafasına ve yüz kısmına vurdukları, daha sonra arabaya bindirerek saat: 22.30 sıralarında Dışkapı Köprüsü'nün yanına serbest bıraktıkları, mağdurun 13.02.2007 tarihli dilekçesinde, zararının kovuşturma aşamasında tazmin edilmesi suretiyle giderildiği anlaşılan olayda; Yağma suçunun unsurlarının oluştuğu...” Yargıtay 6. CD, 2020/1629 E., 2021/1421 K., 02.02.2021.

¹⁹ Sulhi, Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2001, s. 428; Gökcan/Artuç, s. 5343.

bu suçla korunan hukuki değer hem *mülkiyet hakkı* hem de *zilyetlik*²⁰. Senedin yağmasını düzenleyen TCK m. 148/2 hükmü bakımından da aynı görüşler geçerlidir. Senedin yağmasında asıl korunan senedin cisim olarak zilyetliğidir²¹. Öte yandan senedin içeriği de bu suçla korunmaktadır. İçerik de adına senet düzenlenen kişinin zilyetliğini ya da mülkiyetini ilgilendirebileceği için senedin yağmasında mülkiyet hakkı da güvence altına alınmıştır²². Her iki fıkrafta düzenlenen suç için tehdit edilen ya da kendisine cebir uygulanan kişinin iç huzuru, güven içinde yaşama duygusu, irade özgürlüğü ve cebir bakımından ek olarak vücut dokunulmazlığı da korunmaktadır²³.

Yağma suçunun konusu TCK m. 148/1'de taşınır-taşınmaz ayrımı yapılmadan “mal” olarak düzenlenmiştir²⁴. 765 sayılı TCK m. 495²⁵ ise,

²⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s. 795.

²¹ Koca, Yağma Cürümleri, s. 123.

²² Yıldız, s. 81. “*Oluş ve dosya içeriğine göre; sanık ...'ın katılan ...'a daha önceden borç verdiği ve karşılığında 500.000.-TL lik boş senet aldığı, katılanın bu borcu ödemesine rağmen adı geçen sanık tarafından senedin iade edilmeyerek tahsil edilmesi için sanık ...'den yardım istediği, Erkan'ın ise adı geçen yakının ile buluşarak yanında diğer sanıklar Burhanettin, Ali, Fatih ve Turan ile önce sanık ...'in işyerine gittikleri, burada bir süre mağduru darp ettikten sonra önce bir eve götürdükleri, akabinde sanık ...'in evine götürerek rızasına hilafına bir süre tutuktan sonra yakınının iş ortağı olan ... ile telefon üzerinden irtibat kurarak kendilerinden herhangi bir taşınmaza ilişkin vekalet istemeleri üzerine, söz konusu vekaleti sanıklardan Burhanettin'in gönderilmesini istediği iş yerinin fax numarası üzerinden tespiti üzerine adı geçenin takibe alınarak mağduru tutulduğu evin tespit edilip burada sanık ... haricinde bütün sanıkların yakalandığının anlaşılması karşısında; sanıkların kastının söz konusu senet üzerinden mağdurdan taşınmaz elde etmek olduğu ve bu şekilde gece vakti birden fazla kişi ile birlikte yağma suçundan cezalandırılmaları gerektiği halde, yazılı şekilde hüküm kurulması...*” Yargıtay 6. CD, 2014/4242 E., 2017/5399 K., 29.11.2017.

²³ Yıldız, s. 80-81; Balcı/Öztürk, s. 640; Dönmezer, s. 428; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 743.

²⁴ Koca, Yağma Suçu, s. 2801; Eker, s. 87; Büşra Şenerdoğan, Yağma Suçu (TCK m. 148-150), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017, s. 108. Bir görüşe göre, alacak haklarının da yağma suçuna konu olabilmesi mümkündür. Buna kullanım yağması da denir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Semiz, s. 780 vd.; Gökcan/Artuç, s. 5344-5345; Eker, s. 88 vd. Bizim de katıldığımız aksi görüşe göre, bir şeyin “mal” olarak kabul edilebilmesi için ayırıcı unsurlarından biri dış dünyada bir varlığının; fiziki yapısının bulunmasıdır. Bu nedenle fiziki yapıyı haiz olmayan alacak hakları mal olarak kabul edilemez ve yağma suçunun konusu olamaz. Bu görüş için bkz. Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 17. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 671; Altınay, s. 25.

²⁵ 765 sayılı TCK m. 495/1'e göre, “*Her kim, menkul bir malın zilyedini veya cürüm mahalinde bulunan bir başkasını cebir ve şiddet kullanarak veya şahsen veya malen büyük bir tehlikeye düşüreceği beyanı ile tehdit ederek o malı teslimine yahut o malın kendi tarafından zaptına karşı şüküt etmeye mecbur kılsa on seneden yirmi seneye kadar ağır hapis cezasına mahkûm olur.*”

yağma suçunun konusunun açıkça “menkul (taşınır)” mal olduğunu açıkça düzenlemişti. 5237 sayılı Kanunun malın taşınır olmasını aramaması ve hatta 765 sayılı TCK m. 498’de düzenlenen korkutarak faydalanma ve m. 499’da düzenlenen adam kaldırma suçlarını düzenlememesi dolayısıyla, anılan maddelerde yer alan “eşya” kavramını karşılamak için “mal” kavramını kullandığı ileri sürülebilir²⁶. Ancak madde gerekçesinde, yağma suçunun konusunun hırsızlık suçunda olduğu gibi yalnızca taşınır mal olduğu; bu malın alınmasıyla ilgili olarak zilyedinin rızasının bulunmaması gerektiği ifade edilmiştir²⁷. Bu nedenle madde gerekçesiyle metnin uyumluluk arz etmediği açıktır²⁸. İfade etmeliyiz ki, 5237 sayılı TCK m. 148/1’de “eşya” yerine sadece “mal” kelimesinin kullanılması yerindedir. Öte yandan gerekçe ile madde metnin “malın taşınabilir olması” noktasında uyumlu olması gerekirdi²⁹. Bu husus dikkate alınarak öğretide TCK m. 148/1, *taşınır malın yağması* olarak da adlandırılmaktadır³⁰. Öncelikle belirtilmelidir ki, yağma suçuna konu olan malın, mutlaka somut bir varlığı bulunmalıdır³¹. Bu özellik dikkate alındığında somut varlığı olan taşınmazların ilk bakışta suçun konusu olabileceği söylenebilir. Bu aşamaya kadarki açıklamalardan anlaşıldığı üzere taşınır malların suçun konusu olabilmesi hususunda bir problem yoktur. Taşınmaz malların suçun konusu olup olamayacağı tartışmalı bir husus olup buna aşağıda değineceğiz.

Çalışma bağlamında taşınır maldan ne anlaşılması gerektiğine ilişkin olarak yalnızca belli başlı bilgilere yer vermekle yetineceğiz³².

Bir görüşe göre, sadece taşınır mallar suçun konusu olup³³; taşınmazlar nitelikleri gereği yağma suçuna konu teşkil edemezler. TCK m. 148/1 gereğince

²⁶ Arslanbaş, s. 96. Keza eşya ve mal kavramları zaten özdeş kavramlardır. Koca, Yağma Cürümleri, s. 90.

²⁷ Madde gerekçesi için bkz. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt 1 (Kanunlar), 30. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 358. Balcı/Öztürk, s. 643; Gökhan Taneri, Hırsızlık ve Hırsızlık Suçlarında İspat ve Sübut, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, 2015, s. 31; Koca, Yağma Suçu, s. 2801; Yıldız, s. 86; Eker, s. 87-88; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 746.

²⁸ Koca, Yağma Suçu, s. 2801.

²⁹ Arslanbaş, s. 96.

³⁰ Yıldız, s. 77; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 744.

³¹ Koca, Yağma Cürümleri, s. 89.

³² Ayrıntılı bilgi için bkz. Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 747 vd.; Koca, Yağma Cürümleri, s. 91 vd.

³³ Koca, Yağma Cürümleri, s. 91; Kaylan, s. 40.

teslim edilmesi ve alınması fiilleri için malın bir yerden alınıp başka bir yere götürülebilmesi gerekir. Pek tabiidir ki bu da taşınmazlar bakımından mümkün değildir³⁴. Zira taşınmaz mallar, değerini ve niteliklerini kaybetmeden yeri değiştirilemeyen mallardır³⁵. Yağma suçunda mağdurun tehdit veya cebirle “teslimine veya alınmasına” karşı koymamaya mecbur kılınan mal sadece taşınır mal olabilir³⁶. Taşınmazların ise teslim edilmesi ya da alınması değil; cebir veya tehditle zaptı veya işgali söz konusu olur³⁷. Bu görüşteki bazı yazarlara göre, mağdurun evini zorla almak isteyen *failin tehdit kullanarak tapuda evin üzerine tescilini sağlama* veya sattırıp parasını alması hallerinde taşınmazlar için de yağma suçunun işlenebileceğinin mümkün olduğu ifade edilmektedir. Burada taşınmazın yerinden alınması değil; cebir veya tehdit ile sattırılarak parasının alınması TCK m. 148/1 bağlamında taşınır niteliğindeki paranın yer değiştirmesi bulunmaktadır³⁸. Diğer bir grup yazara göre ise, bir kimsenin cebir veya tehdit ile taşınmazını devre mecbur bırakılması gibi bir olayda, yağma suçunun oluşmadığını kabul etmek adil değildir. Bu nedenle kanunda değişikliğe gidilerek taşınmaz mallar da açıkça yağma suçunun kapsamına alınmalıdır³⁹.

Diğer bir görüşe göre, yağma suçunun konusu taşınmazlar da olabilir. Çünkü 765 sayılı kanunda suçun kanuni tanımında açık olarak suçun konusunun ancak taşınırlar olacağı belirtilmiştir. Ancak 5237 sayılı kanunda böyle bir belirleme bulunmamaktadır. Böylesi bir düzenlemenin de bir anlamı olmalıdır. Çünkü kanun koyucu TCK m. 141’de hırsızlık suçunun sadece taşınırlara karşı işleneceğini düzenlemiştir. Yağmada ise sadece maldan söz edilmiş olması unutkanlık veya gereksizlik değildir⁴⁰. 5237

³⁴ Korkmaz, s. 46; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 671; Koca, Yağma Suçu, s. 2801; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 746; M. Emin Artuk/Ahmet Gökçen/ M. Emin Alşahin/ Kerim Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 20. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022, s. 638.

³⁵ Müslüm Kuzudişli, Yağma Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012, s. 4.

³⁶ Koca, Yağma Cürümleri, s. 102.

³⁷ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 746.

³⁸ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 747; Eker, s. 88.

³⁹ Kuzudişli, s. 23-24. Aynı yönde bkz. Tuğba Uçak, Yargısal İçtihatlar Işığında Alacağın Tahsil Amacıyla İşlenen Yağma Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2022, s. 12.

⁴⁰ Ersan Şen, “Yağma ve Hırsızlık Suçlarında Fiili Hâkimiyet”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, 8(109-110), 123-129, s. 124; Ahmet Taşkın, “Yağma Suçunda Mal Kavramı”, Terazi Hukuk Dergisi, Nisan 2008, (20), 95-101, s. 99; Koca, Yağma Cürümleri, s. 95-96. Yağma suçunun taşınmaz mülkiyetini de koruduğu yönünde dolaylı açıklamalar

sayılı TCK m. 148/1, mülkiyet hakkından söz etmemiş, açık şekilde malın teslimi veya alınmasına sessiz kalınması ifadesini kullanmıştır⁴¹. Taşınır ve taşınmaz mal kavramları TMK'de tanımlanmıştır. TMK m. 704 uyarınca arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar, kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler taşınmaz mülkiyetine konu olabilmektedirler. Sayılanlardan “*tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar*” yağma suçuna konu olamazlar. Zira bu kapsamdaki irtifak, intifa ve rehin gibi haklar maddi bir varlığı haiz değildirler. TCK'daki mal kavramını bunları da kapsayacak şekilde genişletmek ve sadece taşınır malları kapsayacak şekilde daraltıcı yoruma tabi tutmak isabetli değildir⁴². Madde metnindeki “malı teslim” ifadesinden malın taşınır olması gerektiği yönünde çıkarımda bulunmak mümkün değildir. Taşınmazların devri tapu siciline tescil ile olsa da bu şart zaten malın teslimi anlamına gelmektedir⁴³. Bu görüş çerçevesinde, failin mağdura ait taşınmazı cebir veya tehdit ile kendisine devretmeye zorlaması durumunda suçun konusu bir taşınmaz olur ve yağma suçu oluşur⁴⁴. Yargıtay'ın da bu yönde verdiği bazı kararları bulunmaktadır⁴⁵.

için bkz. Nevzat Toroslu, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Tıpkı Bası, Savaş Yayınevi, 2019, s. 322.

⁴¹ Taşkın, Yağma Suçunda Mal Kavramı, s. 95.

⁴² Taşkın, Yağma Suçunda Mal Kavramı, s. 96.

⁴³ Taşkın, Yağma Suçunda Mal Kavramı, s. 97.

⁴⁴ Korkmaz, s. 45-46; Taşkın, Yağma Suçunda Mal Kavramı, s. 96.

⁴⁵ “Aydın ... A...’ın kayınbiraderi olan tanık Arif A...’ın borcuna kefil olup, söz konusu borcu ödemek zorunda kaldıktan sonra, tanık Arif’ten rücuun tahsil edemediği parasını, tanığın babası olan yakınan Abdullah A....’dan bir çok kez istediği ancak girişimlerinin sonuçsuz kalması üzerine ödeme gücü olduğunu düşündüğü yakınan Abdullah A....’dan söz konusu alacağı zorla tahsil etmeleri için diğer sanıklar Bülent B...1 ve Kadir İ... ile 15 bin lira para vermeyi vaad etmek suretiyle anlaşığı, bu anlaşma uyarınca, tanık Arif A...’ın borcundan sorumlu tutulamayacak olan yakınan Abdullah A....’ın tehdit edilerek 7 dönüm tarlasının **tapuda devir işlemi yapılmak suretiyle** elinden alınması eyleminin, ... sanıklar Bülent B...1 ve Kadir İ... yönünden **yağma suçu oluşturduğu** gözetilmeden...” Yargıtay 6. CD, 2011/23997 E., 2012/6081 K., 28.03.2012 (aktaran ve vurgu sahibi Gökcan/Artaç, s. 5345, dn. 28). “Oluş ve dosya içeriğine göre, katılan ... ile aralarında 5237 sayılı TCK’nın 150/1. maddesi anlamında bir hukuki ilişki ve bu ilişkiye dayanan alacak bulunmayan sanıklar ..., ... ve ...’in, aralarındaki ticari ilişki nedeniyle katılan ...’dan alacaklı olduğu sabit olan sanıklardan ...’tan aldıkları talimat doğrultusunda ve sanık ... ile bu iş karşılığında, alacak miktarının %25’ini sanık ...’ın alacağına dair yaptıkları anlaşma neticesinde, hile, cebir ve tehdit zoru ile katılanı farklı illere götürüp, buralarda alıkoymak suretiyle katılardan, **birisi daire, ikisi de arsa olmak üzere üç adet gayrimenkulün tapusunu sanık ...’nin üzerine geçirilmesine yönelik eylemlerinin yağma suçunu oluşturduğu** gözetilmeden, kanıtların takdirinde yanılığa düşülerek yazılı şekilde bir hukuki ilişkiye dayanan alacağın tahsil amacı ile zincirleme tehdit suçundan hüküm kurulması...” Yargıtay 6. CD, 2013/25694 E., 2016/1854 K., 16.03.2016. “...şüphelinin müştekiler ..., ..., ..., ... ve ...’a kazanç elde etmek amacıyla faiz karşılığı ödünç para

Bu görüşteki yazarlara göre, terör olaylarının yaşandığı köylerde, kişilerin tehdit ile göçe zorlanması ve evlerinin, arazilerinin düşük bedellerle satın alınması gibi olaylarda da yağma suçu oluşacaktır⁴⁶.

Kanaatimizce taşınmaz mallar, cebir ya da tehdit kullanılması suretiyle işgal edilip malikinin kullanımına engel olunduğunda burada cebir (TCK m. 108), tehdit (TCK m. 106) veya hakkı olmayan yere tecavüz suçları (TCK m. 154) oluşacaktır⁴⁷. Aşağıda ayrıntılı şekilde açıklanacağı üzere senedin yağmasında suçun konusu bir kişiyi borç altına sokabilecek senet ya da senetle ilgili belgedir. Dolayısıyla öğretide taşınmaz malın mülkiyetini geçiren tapu senedinin düzenlenmesine mağdurun cebir ya da tehditle zorlanması halinde senedin yağmasının söz konusu olduğu kabul edilmiştir⁴⁸. Bu bağlamda taşınmazlar dolaylı yolla da olsa yağma suçuna konu olabilir⁴⁹. Kanaatimizce konusu taşınabilir mal olan senet olan senedin yağması suçu, eşyanın zilyetliğini ve mülkiyetini korumayı kapsar. Örneğin fail, cebir veya tehdit ile bir kişiyi taşınmazını *tapuda satış sözleşmesi* yaptırarak kendine devrine mecbur bırakır ise, fiil senedin yağması olur⁵⁰. Buna ilişkin açıklamalara aşağıda yer verilecektir.

Tapu sicili, niteliği gereği taşınmaz olan eşyalara, eşya hukuku açısından da taşınmaz niteliği kazandırır. Çünkü tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların TMK anlamında taşınmaz olarak kabul edilmeleri ve bunlar için getirilen esaslara tabi olmaları söz konusu değildir⁵¹. Bu nedenle öğretide, tapu

verip senet aldığı, borçlarını ödeyemediği zamanlarda şüphelinin müşteki ..'nin yaptırmış olduğu evin tapusunu isteyip tehdit ettiği ve son olarak Adli Emanet'in 2008/288 sırasında kayıtlı Canas Magnum marka kuru sıkı tabanca ile ...'yi tehdit ettiği, aynı şekilde şüphelinin müşteki ... ve müşteki ...'yi borcu ödeyemediği zamanlarda zincirleme olarak tehdit ettiği" şeklindeki isnadın sübutu halinde TCK'nın 148. maddesinde öngörülen yağmaya teşebbüs suçunu oluşturabileceği..." Yargıtay 5. CD, 2014/8343 E., 2017/2495 K., 05.06.2017. "... Saniğin, mağdur annesinin oturduğu eve gelerek, annesi adına kayıtlı taşınmazın tapusunu kendi üzerine devretmesini istediği, mağdurun kabul etmemesi üzerine "öldüreceğini, kan döküleceğini" söylemesi biçiminde gerçekleşen olayda, taşınmazın tapuda devrini sağlamak amacıyla annesini tehdit eden saniğin eyleminin TCK'nın 148. maddesindeki yağma teşebbüs suçunu oluşturmasına karşın, suç vasfında yanılı ile tehdit suçundan hüküm kurulması..." Yargıtay 4. CD, 2015/27957 E., 2016/956 K., 21.01.2016.

⁴⁶ Taşkın, Yağma Suçunda Mal Kavramı, s. 96-97.

⁴⁷ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 746-747; Koca, Yağma Cürümleri, s. 104.

⁴⁸ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 747.

⁴⁹ Balcı/Öztürk, s. 655; Demiç, s. 80.

⁵⁰ Koca, Yağma Cürümleri, s. 104.

⁵¹ Ayan, Eşya Hukuku, s. 196.

kaydı olmayan taşınmazların taşınır mal gibi teslimi mümkün olduğundan bunların yağma suçuna konu teşkil edebileceği ifade edilmektedir⁵². Bu görüşe katılmakla beraber, burada tapu kaydı olmayan taşınmazın “*sahipli olması*” gerektiğinin altını çizmek gerekir. Zira tapuya kayıtlı olmayan sahipsiz taşınmazlar da bulunmaktadır⁵³. Buradaki “sahiplik”ten anlaşılması gereken tapuya kayıtlı olmayan taşınmaz üzerindeki zilyetliktir.

Öğretide suçun konusuna ilişkin bu görüş farklılıklarının giderilmesi için kanun maddesinin gerekçe ile uyumlu hale getirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁵⁴.

TCK m. 148/2’de düzenlenen suçun konusu ise *senet*⁵⁵ veya *ileride senet haline getirilebilecek bir kağıttır*⁵⁶. Dolayısıyla senedin yağmasının konusu, ilk fıkrada düzenlenen taşınır malın yağmasından daha sınırlı bir alanı kapsamaktadır⁵⁷. TCK, senedin ne olduğuna ilişkin bir düzenlemeye yer vermemekle beraber; m. 148/2’de “*ilerde böyle bir senet haline getirilebilecek bir kağıdı imzalamaya*” denilmek suretiyle senedin unsurlarından olan “yazılı olma” ve “imza”ya açıkça işaret etmiştir⁵⁸. Senet kelime olarak “*bir kimsenin yapmaya veya ödemeye borçlu olduğu şeyi göstermek için imzaladığı resmî kâğıt*” anlamına gelmektedir⁵⁹. TCK m. 148/2’de belirtilen senet ise düzenleyen kişi veya başkası aleyhine birtakım mali yükümlülükler getiren belgeyi ifade eder⁶⁰. İfade etmek gerekir ki, her ne kadar senedin yağmasının

⁵² Semiz, s. 780; Gökcan/Artuç, s. 5344.

⁵³ Tapuya kayıtlı olmayan sahipsiz taşınmazların farklı türleri vardır. Bunlardan bazılarının üzerinde özel mülkiyet kurulması mümkün olup; bunlar doğal yapıları sebebiyle üzerinde tarım yapmaya elverişli olan ve kamu malı olmayan yerlerdir (TMK m. 713; 3402 sayılı Kadastro Kanunu m. 14). Diğerleri ise, devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerdir (TMK m. 715). Ayrıntılı bilgi için bkz. Ayan, Eşya Hukuku, s. 46-47.

⁵⁴ Korkmaz, s. 46.

⁵⁵ Arslantürk, s. 68; Balcı/Öztürk, s. 655; Gökcan/Artuç, s. 5366; Koca, *Yağma Suçu*, s. 2802. Ayrıntılı bilgi için bkz. Koca, *Yağma Cürümleri*, s. 113 vd.

⁵⁶ Centel/Zafer/Çakmut, s. 411, 412; Büşra Şenerdoğan, “Yağma Suçu (m. 148-150)”, in *Malvarlığına Karşı Suçlar* (m. 141-169), Adalet Yayınevi, 2018, s. 100; Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 769.

⁵⁷ Taş, s. 238.

⁵⁸ Ali Boyracı, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Düzenlenen Senedin Yağması Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, s. 33.

⁵⁹ TDK Güncel Türkçe Sözlük <https://sozluk.gov.tr/> Erişim Tarihi: 13.10.2022.

⁶⁰ Mustafa Ekinci/ Sinan Esen, Anlatımlı ve Gerekçeli Yeni Türk Ceza Kanununda Yer Alan Hırsızlık, Yağma, Güveni Kötüye Kullanma, Dolandırıcılık, Hileli İflas, Karşılıksız Yararlanma, Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2005, s.

konusunu açıklarken yeri geldiğinde belge kavramını kullanılmakta ise de bunlar aynı anlama gelmemektedir. Nitekim kanun koyucu da bunu öngörerek belgenin yağmasından değil, özellikle senedin yağmasından bahsetmiştir⁶¹. Şeklî unsurları itibarıyla bir belgeyi senet olarak kabul edebilmek için dört unsura ihtiyaç vardır: yazılı belgenin olması, yazının fiziki varlığı olan bir cisim üzerinde bulunması, irade beyanı içermesi ve düzenleyenin imzasını taşıması⁶². Dolayısıyla örneğin delil başlangıcı, fotokopi, faks birer belge olmakla birlikte senet değildir⁶³. Bu nedenle TCK m. 148/2'ye konu olamazlar. Suça konu olan senet, seçimlik hareketin niteliğine göre henüz düzenlenmemiş fakat cebir veya tehdit ile mağdura o sırada düzenlettirilen ya da önceden düzenlenmiş olan senet olarak anlaşılmalıdır⁶⁴.

Bir görüşe göre, senedin yağmasının konusunu taşınmaz mal ve alacak hakları da oluşturmaktadır⁶⁵. Ancak kanaatimizce alacak haklarının maddi varlığı olmadığı için yağma suçuna konu olamazlar. Öte yandan bu hakları temsil eden çek, bono gibi kıymetli evraklar senedin yağmasının konusunu oluşturur⁶⁶. Yine kanaatimizce senedin yağmasında kanun koyucu, senedin içeriğini oluşturan alacak hakkını veya taşınmaz mala yönelik aynı hakkı değil; senedin zilyetliğini korumayı amaçlar. Bu nedenle taşınmaz mallar da TCK m. 148/2'nin konusunu oluşturmaz. Fakat suça konu senetteki borcu doğuran hukuki ilişki taşınmaz ile ilgili olabilir. Örnek vermek gerekirse, zorla imzalatırılan senedin konusunun taşınmaz satış vaadi olması mümkündür. Dolayısıyla senedin yağması halinde de konu her zaman taşınır mal niteliğindeki senettir⁶⁷.

102.

⁶¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Hakan Pekcanitez/Muhammet Özeker/Mine Akkan/Hülya Taş Korkmaz, *Medeni Usul Hukuku*, Cilt II, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 1771 vd.

⁶² Ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanitez/Özeker/Akkan/Taş Korkmaz, s. 1773 vd.; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022, s. 502 vd. Öğretide aynı çerçevede bir yazılı belgenin senet olarak kabul edilmesi için iki şartın bulunması gerektiği de ifade edilmektedir: Belgelendirilmesi gereken hukuki işleme ilişkin tam bilgiyi ihtiva etmesi, senedin aleyhine delil oluşturacak kişi tarafından kanundaki şartlara uygun olarak imzalanması. Koca, *Yağma Cürümleri*, s. 117.

⁶³ Pekcanitez/Özeker/Akkan/Taş Korkmaz, s. 1771.

⁶⁴ Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 772; Erem/Toroslu, s. 638.

⁶⁵ Sami Selçuk, *Dolandırıcılık Cürmününün Kimi Suçlardan Ayrımı ve Çeklerle İlgili Suçlar*, *Kadıoğlu Matbaası*, 1986, s. 25; Gökcan/Artuç, s. 5368.

⁶⁶ Altınay, s. 25.

⁶⁷ Taş, s. 238-239, dn. 26. Aynı yönde bkz. Koca, *Yağma Cürümleri*, s. 103-104.

765 sayılı kanununun 496. maddesinde düzenlenen senedin yağmasının konusu, “*hukukça hükmü haiz bir senet*” olarak ifade edilmiştir⁶⁸. 5237 sayılı kanununun 148. maddesinin 2. fıkrasına bakıldığında ise suçun konusu mağdurun kendisini veya başkasını *borç altına sokabilecek* bir senet; var olan (*borç doğurucu*) bir senedin hükümsüz⁶⁹ kaldığını açıklayan bir vesika, *borç doğurucu* senet haline getirilebilecek imzalı kağıttır⁷⁰. 765 sayılı TCK m. 496’da düzenlenen senedin yağması suçunun konusunu oluşturan “*hukukça hükmü haiz bir senet*” ile 5237 sayılı TCK m. 148/2’deki “*borç doğurucu senet*” kavramları arasında fark bulunmamaktadır⁷¹. Senedin madde metninde ifade edilen özellikleri taşıması gerekir⁷². Öncelikle senet niteliğini haiz olmayan ya da ileride senet olması mümkün olmayan belgeler senedin yağmasına konu olamazlar⁷³. Ancak senedin mutlaka kanunlarımızda aranan unsurların tamamını haiz olması gerekli değildir. Zira kanun da ileride senet haline getirilebilecek bir kağıdı da suçun konusu olarak öngörmüştür⁷⁴. “İleride senet haline getirilebilecek bir kağıdı imzalamaya zorlama” halinde de senedin yağması suçu oluşacağından boş bir kağıda imza atmaya zorlama da bu suça vücut verir. Bunun için zorla imzalatırılan suça konu kağıdın sonradan senet haline getirilmesi de zorunlu kılınmamıştır⁷⁵. Ancak mağdurun cebir ya da tehditle borç doğurucu nitelikteki beyanları içeren bir kağıdı imzalamaksızın faile vermesi halinde senedin yağmasından bahsedilemez. Burada imza olmadığından suça konu olabilecek bir senet bulunmamaktadır⁷⁶.

Senedin mağdurun kendisi ya da başkası için *borç doğurucu* bir senet olması gerekir⁷⁷. Bu bağlamda mağdurun malvarlığını azaltan, borç doğuran

⁶⁸ Gökcan/Artuç, s. 5341.

⁶⁹ “Hükümsüzlük” ile ifade edilmek istenen, senedin içeriği olan yükümlülüğün ifa edildiği, bu yükümlülüğün talebinden vazgeçildiği yönündeki her türlü açıklamadır. Yıldız, s. 87.

⁷⁰ Yıldız, s. 87; Centel/Zafer/Çakmut, s. 412; Arslanbaş, s. 104. Var olan bir senedin hükümsüz kaldığını açıklayan senet haline getirilebilecek bir kağıdın da suçun konusu olabileceği yönünde bkz. Centel/Zafer/Çakmut, s. 412.

⁷¹ Eker, s. 100; Kaylan, s. 42. Bir görüşe göre 5237 sayılı TCK daha geniş kapsamlı bir kavram kullanmıştır. Bkz. Altınay, s. 30.

⁷² Centel/Zafer/Çakmut, s. 414.

⁷³ Taş, s. 240; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 770.

⁷⁴ Eker, s. 102.

⁷⁵ Tezcan/Erdem/Önok, s. 828; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 769.

⁷⁶ Kuzudışlı, s. 56.

⁷⁷ Tezcan/Erdem/Önok, s. 827; Arslantürk, s. 70; Taneri/Kamışlı, s. 897; Koca, *Yağma Suçu*, s. 2802; Yurtcan, s. 349; Soyaslan, s. 411, 412; Kaylan, s. 42.

ya da faili borçtan kurtaran *her türlü* belge senet kapsamındadır⁷⁸. Senede konu borç; para borcu, bir işin yapılması veya yapılmaması, bir taşınmazın hibe edilmesi, kirayla oturlan taşınmanın tahliyesi, var olan bir borca kefil olunması gibi borçlar olabilir⁷⁹. Bunun yanında örneğin bir alacağın tahsil edilmeyeceğine, dava açılmayacağına, vasiyetnamenin değiştirileceğine ilişkin vaatleri içeren yazılı beyanlar da borç doğurucu senet olarak kabul edilir⁸⁰. Kısaca ifade etmek gerekirse, içeriği bakımından mal ile ilgili olmayan⁸¹; mağdurun ekonomik olarak değerlendirmesine elverişli olan herhangi bir hakkını kullanmasını engelleyen her belge borç doğurucu senet içinde değerlendirilecektir⁸². Zira senedin alınmasında failin amacı, senedin kağıt olarak alınmasından ziyade senede içkin olan hakları elde etmektir⁸³. Örnek vermek gerekirse bir kişiden bir suçu işlediği ya da işlemediği yönünde itiraf içeren mektubun zorla alınmasında bu suç oluşmaz⁸⁴. Çünkü yağma suçu, “*malvarlığına karşı suçlar*” bölümünde düzenlendiğinden borç veya borçtan kurtulmayı ifade etmeyen belgelerin alınması bu suçta vücut vermez⁸⁵. Senedi düzenleyen kişi suçun mağduru olduğu için, mağdurun belirlenebilen bir kişi ve senedin hukuken tahsil edilebilir nitelikte olması da gerekir⁸⁶.

Suçta konu senedin mağdurun malvarlığında tek başına azalma tehlikesi meydana getirmesi gerekir⁸⁷. Mağdura imzalatılan belge, dolaylı olarak onun ekonomik durumunu kötüleştirebilme niteliğini haiz ise, belge imzalandığında

⁷⁸ Dönmezer, s. 438; Arslantürk, s. 69, 70; Korkmaz, s. 51; Balcı/Öztürk, s. 655; Centel/Zafer/Çakmut, s. 412; Taneri/Kamışlı, s. 897.

⁷⁹ Koca, Yağma Suçu, s. 2802; Arslantürk, s. 70; Semiz, s. 795; Yurtcan, s. 349.

⁸⁰ Arslantürk, s. 70; Semiz, s. 795; Yurtcan, s. 349.

⁸¹ Centel/Zafer/Çakmut, s. 412.

⁸² Koca, Yağma Cürümleri, s. 123; Koca, Yağma Suçu, s. 2802; Yurtcan, s. 349; Soyaslan, s. 411; Arslantürk, s. 70; Eker, s. 99. Diğer bir ifadeyle mağdurun malvarlığındaki aktifleri azaltmaya, pasiflerini çoğaltmaya elverişli her konu cebir veya tehdit ile bir belgeye bağlanır ve bu belge ondan alınırsa senedin yağması oluşacaktır. Savcı, s. 106.

⁸³ Koca, Yağma Cürümleri, s. 104.

⁸⁴ Arslantürk, s. 71; Centel/Zafer/Çakmut, s. 412; Taneri/Kamışlı, s. 897.

⁸⁵ Dönmezer, s. 438.

⁸⁶ Ünal, s. 92; Centel/Zafer/Çakmut, s. 414. “*Suçta konu 17.10.2007 tarihli ek protolde borçluların mağdur ... ve babası ... olduğu belirtildiği gibi, mağdur ..un da şahit olarak okuyup imzaladığı, kendisini herhangi bir borç altına sokacak durumun olmadığı anlaşıldığından; sanıklar... ve... hakkında mağdur ...'e yönelik 17.10.2007 tarihli ek protokolün zorla imzalatılmasının tehdit suçu olduğu gözetilmeden yazılı şekilde yağma suçundan hüküm kurulması, ... Bozmayı gerektirmiş...*” Yargıtay 6. CD, 2015/245 E., 2015/41181 K., 03.06.2015.

⁸⁷ Arslantürk, s. 74; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 690; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 771.

borç doğurucu nitelikte olmayacağından TCK m. 148/2 oluşmaz. Çalışan bir kişiye zorla istifa dilekçesi yazdırılması örneğinde söz konusu belge yalnızca bir görevden çekilmeyi içerdiği için yağma suçunun varlığından bahsedilemez⁸⁸. Borç doğurucu nitelik taşımayan senet “mal” olarak kabul edilebiliyorsa fail, TCK m. 148/1'den dolayı cezalandırılır⁸⁹. Cebir ya da tehdide rağmen, suçun konusu olmadığı için malın ya da senedin alınması mümkün olmamış ise, yağma suçu bakımından *işlenemez suç* söz konusu olur⁹⁰. Bu durumda failin sadece cebir (TCK m. 108) veya tehdit (TCK m. 107) suçlarından ceza sorumluluğuna gidilebilir⁹¹.

Senedin alınması ile suç oluşacağı için, senedin görünüş ve şekli bakımından borç doğurucu ya da borçtan kurtarıcı olması yeterli olacaktır. Örneğin tehdit sonucu alınması sebebiyle hukuken geçerli kabul edilmeyerek sonradan iptali söz konusu olsa dahi yağma suçunun oluşmasına bir etkisi olmaz⁹². Senetle ilgili belge, bir hakkın doğumu, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi ya da ortadan kaldırılmasına yönelik olabilir. Belgenin hukuken geçerli olması için aranan şartları ihtiva etmesi aranır⁹³. Geçersiz ve ifası hukuken ve fiilen imkansız olan senetler madde kapsamına girmez. Örneğin 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 206/1 uyarınca, “Okuma ve yazma bilmediği için imza atamayanların mühür veya bir alet ya da parmak izi kullanmak suretiyle yapacakları hukuki işlemleri içeren belgelerin senet niteliğini taşıyabilmesi, noterler tarafından düzenleme biçiminde oluşturulmasına bağlıdır.” Bu nedenle cebir ya da tehdit ile okuma yazma bilmeyen bir kişiden parmak izi kullanılarak senet alınması halinde bunlar noter tarafından onaylanmamışsa, senedin yağmasından bahsedilemez⁹⁴. Burada ancak TCK m. 148/1 kapsamında taşınır mal olarak değerlendirilebilecek bir senet vardır. Bu da yalnızca bir kağıt olması nedeniyle TCK m. 150/2⁹⁵

⁸⁸ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 771.

⁸⁹ Centel/Zafer/Çakmut, s. 413-415, Demiç, s. 79-80; Erem/Toroslu, s. 637

⁹⁰ Yıldız, s. 95.

⁹¹ Centel/Zafer/Çakmut, s. 415.

⁹² Dönmezer, s. 438; Arslantürk, s. 71; Balcı/Öztürk, s. 656; Semiz, s. 795; Tezcan/Erdem/Önok, s. 828; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 770; Erem/Toroslu, s. 637; Koca, Yağma Cürümleri, s. 118.

⁹³ Centel/Zafer/Çakmut, s. 414; Eker, s. 99. Aksi yönde bkz. Semiz, s. 794.

⁹⁴ Koca, Yağma Cürümleri, s. 120.

⁹⁵ TCK m. 150/2'ye göre, “Yağma suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza birden yarıya kadar indirilebilir.”

uyarınca değer azlığı nedeniyle cezada indirim sebebi yapılabilir.

Yukarıdaki genel açıklamalar dışında öğretide senetteki sakatlığın türüne göre de bir değerlendirme yapıldığı görülmektedir. Buna göre, sakatlık *yokluk ya da mutlak butlanını* gerektirir nitelikteyse, senet hukuken hükmü haiz olmayacağından senedin yağmasına konu olamaz. Öte yandan senetteki sakatlık *iptal edilebilirlik* müeyyidesini gerektiriyorsa, bu senetler iptal edilinceye kadar hukuken hüküm doğurmaya devam edeceği için suça konu olabilirler⁹⁶. Örneğin fail, *akıl hastalığı nedeniyle fiil ehliyeti bulunmayan*⁹⁷ bir kişiden cebir veya tehdit ile imzalı bono almış ise, bu senet baştan hiçbir hukuki sonuç doğurmayacağı için (*mutlak butlanla malul*) TCK m. 148/2'nin konusunu oluşturmaz. Diğer taraftan örneğin iradesi tehdit(korkutma)⁹⁸ yoluyla sakatlanmış bir kişinin taraf olduğu bir senet ise *iptal edilebilirlik* müeyyidesini gerektirmekte olup TBK m. 39/1⁹⁹ gereğince iptal edilinceye kadar hukuk düzeninde varlığını sürdürecektir¹⁰⁰. Ancak geçerli olabilmesi için kanunun belli şekil şartları öngördüğü ticari senetler için farklı düşünmek gerekir. Poliçe, bono ve çek sıkı şekil şartları öngörülen kambiyo senetlerindedir. Bununla beraber örneğin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 826'de ifade edildiği üzere, “*Senet metninde*

⁹⁶ Bu kavramlarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Ayan, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 127 vd.

⁹⁷ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 13'e göre, “*Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir.*” TMK m. 15'e göre de, “*Kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukuki sonuç doğurmaz.*”

⁹⁸ İfade etmek gerekir ki borçlar hukuku cebir ve tehdit ile ceza hukuku anlamındaki cebir ve tehdit birbirinden farklıdır. Borçlar hukukunda cebir, maddi ve manevi olarak ikiye ayrılmaktadır. Manevi cebir, ceza hukukundaki tehditte karşılık gelirken; maddi cebir, ceza hukuku anlamındaki fiziksel zorlamayı içeren cebre karşılık gelmektedir. Borçlar hukukuna göre, fiziksel zorlama halinde gerçek bir irade beyanı bulunmadığından sözleşme hiç kurulmamıştır. Sözleşme *mutlak butlanla* maluldür. Erol Cansel/Çağlar Özel, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 174. Öte yandan öğretide maddi cebir halinde sözleşmenin *yok hükmünde* olacağı da ileri sürülmektedir. Ayan, Borçlar Hukuku, s. 127. Ancak bu tartışmanın ceza hukuku bağlamında bir önemi bulunmamaktadır.

⁹⁹ TBK m. 39/1'e göre, “*Yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan taraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse, sözleşmeyi onamış sayılır.*”

¹⁰⁰ Ayan, Borçlar Hukuku, s. 129. Tehdit seçimlik hareketi bağlamında bkz. Dönmezer, s. 438; Arslantürk, s. 71; Balcı/Öztürk, s. 656; Semiz, s. 795; Tezcan/Erdem/Önok, s. 828; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 770; Erem/Toroslu, s. 637; Koca, Yağma Cürümleri, s. 118.

poliçe olarak gösterilmemekle beraber, açıkça emre yazılı olarak düzenlenen ve diğer hususlarda da poliçede aranılan unsurları içeren havaleler poliçe hükmündedir."¹⁰¹ Görüldüğü üzere kanunlarda anılan kambiyo senetlerinin başka kıymetli evraklara dönüşebileceği yönünde hükümler öngörülmüştür. Böylesi durumlarda cebir ya da tehdit ile alınan, ancak aranan şekil şartlarını haiz olmadığı için kambiyo senedi niteliği taşımayan senetler de düzenleyenin imzasının yer alması koşuluyla hala hukukça hükmü haiz/borç doğurucu senet olma niteliğini koruyabilmektedir¹⁰².

Senedin *resmi senet*¹⁰³ ya da *adi(hususi) senet*¹⁰⁴ olması da arasında da senedin yağması suçu bakımından farklılık arz etmemektedir¹⁰⁵. Bu bağlamda suçun konusu olarak akla kambiyo senetleri gelse de her türlü ticari ya da adi senet yahut vesika senedin yağmasına konu olabilir¹⁰⁶. Senedin kamu hukuku ya da özel hukuk bakımından borç doğurma niteliğini haiz olması arasında fark yoktur¹⁰⁷.

¹⁰¹ Benzer olarak TTK m. 671 ve 672/1'e göre:

"MADDE 671- (1) Poliçe;

a) Senet metninde "poliçe" kelimesini, senet Türkçe'den başka bir dille yazılmışsa, o dilde poliçe karşılığı olarak kullanılan kelimeyi,

b) Belirli bir bedelin ödenmesi hususunda kayıtsız ve şartsız havaleyi,

c) Ödeyecek olan kişinin, "muhatabın" adını,

d) Vadeyi,

e) Ödeme yerini,

f) Kime veya kimin emrine ödenecek ise onun adını,

g) Düzenlenme tarihini ve yerini,

h) Düzenleyenin imzasını, içerir."

"MADDE 672- (1) 671 inci maddede yazılı unsurlardan birini içermeyen senet ikinci ilâ dördüncü fıkralarda yazılı hâller dışında poliçe sayılmaz."

¹⁰² Koca, Yağma Suçları, s. 120.

¹⁰³ Resmi senet kısaca, resmi bir makam ya da memurun katılımıyla düzenlenen senettir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, s. 1779 vd.; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, Medenî Usul Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Hukuk Yayınları, 2021, s. 432 vd.

¹⁰⁴ Adi senet kısaca, resmi bir makam veya memur katkısı olmadan hazırlanan senettir. Senet metninin taraflarca imzalanması yeterli olup, metnin de bunlarca ya da el yazısıyla yazılması gerekmez. Ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, s. 1790 vd.; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 428 vd.

¹⁰⁵ Koca, Yağma Cürümleri, s. 117.

¹⁰⁶ Soyaslan, s. 411; Koca, Yağma Cürümleri, s. 117.

¹⁰⁷ Erem/Toroslu, s. 637.

TTK m. 1526/1'e göre, "Poliçe, bono, çek, makbuz senedi, varant ve kambiyo senetlerine benzeyen senetler güvenli elektronik imza ile düzenlenemez. Bu senetlere ilişkin kabul, aval ve ciro gibi senet üzerinde gerçekleştirilen işlemler güvenli elektronik imza ile yapılamaz." Dolayısıyla cebir veya tehdit ile elektronik imza kullanılması sağlanarak bu tür kambiyo senetlerinin imzalatılması senedin yağması suçuna vücut vermeyecektir. TTK m. 1526/2'ye göre, "Konişmentonun, taşıma senedinin ve sigorta poliçesinin imzası elle, faksimile baskı, zımba, ıstampa, sembol şeklinde mekanik veya elektronik herhangi bir araçla da atılabilir." Bu nedenle mağdurun malvarlığında kayıp oluşması halinde senedin yağması suçuna konu olabileceklerdir¹⁰⁸. Dolayısıyla kanunlarda imza ile ilgili olarak öngörülen şartlara uygun olarak düzenlenmeyen yazılı belgeler senedin yağmasına konu teşkil etmemektedir¹⁰⁹.

Mağdurun maliki olduğu evin, arsanın ya da tarlanın cebir veya tehdit ile tapu üzerindeki devrinin faile yaptırılması durumunda, taşınmazın devri işlemi "senet teslimi" şeklinde nitelendirilmiş ve eylemin yağma suçu oluşturduğu kabul edilmiştir¹¹⁰. Kanaatimizce bu değerlendirmede kullanılan ifade sorunludur. Böyle bir durumda suçun konusu, taşınmaz değildir¹¹¹. TMK m. 705'e göre, "**Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, tescille olur. Miras, mahkeme kararı, cebrî icra, işgal, kamulaştırma hâlleri ile kanunda öngörülen diğer hâllerde, mülkiyet tescilden önce kazanılır. Ancak, bu hâllerde malikin tasarruf işlemleri yapabilmesi, mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmiş olmasına bağlıdır.**" Bu düzenleme ile taşınmazlarda mülkiyetin

¹⁰⁸ Ünal, s. 93.

¹⁰⁹ Boyracı, s. 34-35.

¹¹⁰ Gökcan/Artuç, s. 5345-5346; Eker, s. 88. "Yüksek faizle dışarıya borç veren sanık K3'dan borç alan mağdurların borcunu ödeyememesi üzerine mağdur K30'in yanına sanık K18'la birlikte gelen sanık K3'nin, mağdurdan tehdit suretiyle alacak miktarının çok üzerinde olacak şekilde para isteyerek senet aldıkları ve mağdurun aracının devrini örgüt elemanı K14 üzerine yaptıkları, mağdur K29'in de aldığı borcu ödeyememesi üzerine sanık K3'nin yanında sanıklar K13 ve K11 olduğu halde mağdurun yanına gelerek ölümle tehdit etmek suretiyle borca karşılık gayrimenkullerin tapusunu kendi üzerine aldıkları ve borcun çok üzerinde olacak şekilde para talep ettikleri olayda; Sanık K3'nin yanındaki diğer sanıklarla birlikte mağdurlardan alacağı miktarın çok üzerinde olacak şekilde ölümle tehdit etmek suretiyle para talep etmesi nedeniyle sanıkların yağma suçundan cezalandırılmaları gerekirken yazılı şekilde tehdit suçundan hüküm kurulması..." Yargıtay 1. CD, 2011/3829 E., 2011/5567 K., 28.09.2011.

¹¹¹ Korkmaz, s. 46.

kazanılmasının ancak tescille mümkün olduğu açık şekilde düzenlenmiştir¹¹². Dolayısıyla taşınmaz mülkiyetinin geçirilmesi, tapu senedinin düzenlenmesi ve tapu kütüğüne tescil edilmesiyle gerçekleşeceğinden öğretide taşınmazların suçun konusunun kabul edildiği durumlarda aslında cebir veya tehditle düzenlenen *tapu senedinin* suçun konusunu oluşturduğu ifade edilmektedir. Zira tapu senedi de bir *senettir*¹¹³. Tapu senedinin devralınmasında ise TCK m. 148/2 bağlamında tapu senedinin yer değiştirmesinden bahsedilir¹¹⁴. Kısaca yukarıda giriş yaptığımız görüşümüze göre ise, böyle bir durumda tapu senedinin değil; tapuda yapılan *taşınmaz satış sözleşmesinin* suçun konusu olduğunu kabul etmek gerekir¹¹⁵.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK), satış sözleşmesine ilişkin genel hükümleri arasında yer alan TBK m. 207'ye göre, "*Satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir. Sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça veya aksine bir âdet bulunmadıkça, satıcı ve alıcı borçlarını aynı anda ifa etmekle yükümlüdürler.*" Taşınmaz mülkiyetinin satış ile devri için öncelikle kuralına uygun bir satış sözleşmesinin yapılması; sonra

¹¹² Tescil, "(t)aşınmaz üzerinde bir aynı hakkın doğumu ya da devri amacıyla yetkili tapu sicil memuru tarafından tapu kütüğüne yapılan kayıttır." Erhan Günay, Tapu İptal ve Tescil Davaları, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 37.

¹¹³ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 747. İnceleme konusu karara oldukça benzeyen başka bir olayda da Yargıtay senedin yağması suçunun oluştuğunu kabul etmiştir. "*Katılan ...'na yönelik yağma suçuna ilişkin eylemde; katılana yönelik olarak ...iş merkezinde bulunan P12-14 numaralı dükkanların sanıklar tarafından satın alınmak istenip önceki anlaşmazlık sebebiyle katılanlar tarafından bu talep kabul edilmediğinde, fiilen dükkanları işgal ederek ara bölme duvarlarını kırıp tehditle kendi işyerlerine katmak suretiyle yağma suçunu işledikleri ve eylemin tamamlanmış yağma suçunu oluşturduğu kabul edilmiş ise de, dosya kapsamındaki bilgi ve belgeler ile müştekilerin aşamalarındaki beyanlarından, sanıkların tehditle suçta konu dükkanlara el koymak istedikleri hatta ara bölme duvarlarını izinsiz yıkarak tadilata başladıkları görülmüş ise de, suçta konu dükkanların tapuda kayıtlı olup tapu kayıtlarının sanıklara veya gösterdikleri başka kişilere zorla devredilmemiş olduğu, tapu kayıtlarının suç tarihinde katılan maliklerin üzerinde kalmaya devam ettiği, taşınmazların yağmaya konu olabilmesi için yağma suçunu düzenleyen 5237 sayılı Yasanın 148/2 fıkrasında belirtildiği şekilde, taşınmazın tapu kaydının yani mülkiyet belgesinin devri ya da mülkiyet belgesinin devrine yarayan vekaletname, feragat gibi başka bir belgenin sanıklar tarafından alınması gerekmektedir.* Taşınmaza fiilen el atılması yağma suçunun tamamlandığının kabulüne yeterli değildir. Dolayısıyla bu taşınmazlara el koymaya ve mülkiyetlerini cebir ve tehditle almaya yönelik eylem teşebbüs aşamasında kalmış tamamlanmamıştır." Yargıtay 6. CD, 2017/2335 E., 2017/3101 K., 21.09.2017.

¹¹⁴ Eker, s. 88.

¹¹⁵ Koca, Yağma Cürümleri, s. 104.

da bunun tapu siciline tescili gerekir¹¹⁶. Satış sözleşmesi hem alıcıya hem de satıcıya *borç yükleyen* bir sözleşmedir. Sözleşmenin yapılması ile satıcı sattığı malın alıcıya teslimini ve mülkiyetinin geçirilmesini; alıcı ise satış parasının (semenin) satıcıya ödenmesini borçlanır. Sözleşmeye konu olan mala göre; taşınırlarda zilyetliğin devri; taşınmazlarda tapuya tescil ile borçların ifası sağlanır¹¹⁷. Bu sözleşmede taraflar *gerçek* iradelerinin alım ve satım yönünde olduğu gösterilmelidir¹¹⁸. Taşınmaz satış sözleşmesi, tapu memuru tarafından düzenleme şeklinde hazırlanan *resmi bir senettir*¹¹⁹. Bu senette yer alan taşınmaz malikin devre ilişkin irade beyanının, bir senedin verilmesi ya da imzalatırılması olarak anlamak gerekir¹²⁰.

¹¹⁶ Günay, s. 516.

¹¹⁷ İsmail Kayar, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 263; Günay, s. 517.

¹¹⁸ Günay, s. 517

¹¹⁹ A. Nilay Şenol, “Taşınmaz Satış ve Satış Vaadi Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği ve Uygulama Çerçevesinde Taşınmaz Satış Sözleşmelerinin Noterler Tarafından Yapılıp Yapılmayacağı Üzerine Bir Değerlendirme”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, 8(2), 357-376, s. 360.

¹²⁰ Koca, Yağma Cürümleri, s. 104. 10.11.2009 tarih ve 27402 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Tapu Müdürlüklerince Düzenlenen Resmî Senetlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 7'ye göre resmî senedin içeriğinde bulunması gereken hususlar şunlardır:

“a) Gerçek kişi olan tarafların akde bizzat katılmaları halinde, bunların kimlik bilgileri, vatandaşlık numaraları, tebligata esas adresleri ve imzaları,

b) Gerçek kişi olan taraflar yapılacak işlemden temsil ediliyorsa, kanunî veya akdî temsilcilerinin ve temsil olunanın kimlik bilgileri, vatandaşlık numaraları ve temsilcinin tebligata esas adresleri ve imzaları,

c) Ticaret şirketlerinin unvanları, kayıtlı oldukları ticaret sicil memurluğu ve ticaret sicil ve vergi numaraları, bu şirketleri temsile yetkili olan kişilerin kimlik bilgileri, vatandaşlık numaraları, tebligata esas adresleri ve imzaları,

ç) Vakıfların unvanları ve vakıf sicil numarası, derneklerin unvanları ve dernek tescil numaraları ile bu tüzel kişileri temsile yetkili olan kişilerin kimlik bilgileri, vatandaşlık numaraları, tebligata esas adresleri ve imzaları,

d) Akit sırasında hazır bulundurulmuş ise, tanıkların veya tercümanın kimlik bilgileri, vatandaşlık numaraları, tebligata esas adresleri ve imzaları,

e) Resmî senedi hazırlayan, onaylayan, tescili yapan, akit öncesi ve tescil sonrası kontrolü yapan görevlilerin adları, soyadları, unvanları ve imzaları,

f) Taşınmazın tanımlayan bilgileri (taşınmazın mahallesi veya köyü, pafta, ada ve parsel numaraları, var ise bağımsız bölüm numarası, yüzölçümü, hissesi, cinsi, sınırı, tapu kaydının cilt ve sayfa numaraları),

g) Taşınmazın kısıtlayan hususlara ilişkin bilgiler (irtifak hakları, taşınmaz yükü, taşınmaz rehni, şerhler, beyanlar),

ğ) Taşınmazın kayıtlı değeri veya emlak vergisi değeri ve/veya taşınmazın devri veya bir hakkın tesis ve devri için taraflar arasında kararlaştırılan bedel,

TMK m. 706'ya göre, “*Taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmî şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlıdır.*” Keza TBK m. 237'ye göre de “*Taşınmaz satışının geçerli olabilmesi için, sözleşmenin resmî şekilde düzenlenmesi şarttır. Taşınmaz satışı vaadi, geri alım ve alım sözleşmeleri, resmî şekilde düzenlenmedikçe geçerli olmaz.*” Bu hükümden de anlaşıldığı üzere taşınmaz satışına sözleşmelerinin resmi şekilde, tapu müdürlüğünde¹²¹ yapılması zorunludur^{122, 123}. Bu nedenle taşınmaz satışına ilişkin sözleşmenin hukuken hüküm ifade etmesi ve borç doğurabilmesi için resmi şekilde yapılması gerekir. Zira şekle aykırı olarak

h) Tarafların işlemlere ilişkin irade beyanları,

ı) Tarafların kanunî yükümlülükleri kabulüne ilişkin açıklamaları,

i) Tasarruflı işleme yönelik tescil talebini içeren irade beyanları,

j) Resmî senedin düzenlenme yeri ve tarihi,

k) Yevmiye tarihi ve numarası ile yevmiye saat ve dakikası,

l) Tapu harcı, damga vergisi ve döner sermaye ücretine ilişkin bilgiler,

m) Zorunlu deprem sigortası poliçesi düzenlenmesi gereken durumlarda, sigorta poliçesinin düzenlendiği sigorta şirketinin unvanı, poliçe tarihi ve numarası,

n) Tapu senedi ve/veya ipotek belgesini teslim alanın adı, soyadı ve imzası,

o) 2644 sayılı Tapu Kanununun 26 ncı maddesinin beşinci fıkrasına göre yetki devri yapılmış halinde, yetki devrine ilişkin belirtme ve imza.”

Aynı yönetmeliğin “Resmî senedin imzalanması” başlıklı 20. maddesine göre, “Resmî senede “okudum” ibaresinin yazdırılmasından sonra, aynı mürekkepli kalemle taraflar imza yerlerini imzalarlar. Taraflar arasında imzalama işi aynı anda yapılır. Tarafların imzası alındıktan sonra resmi senedi, müdür ve/veya görevlendirilen memur ve düzenleyen görevli de imza eder. Ayrıca müdür ve/veya görevlendirilen memur, daire mührü ile kendi imza yerini mühürler.”

¹²¹ 2644 sayılı Tapu Kanunu m. 26/1'e göre, “Mülkiyete, mülkiyetin gayri aynı haklara ve müşterek bir arzun hissedarları veya birbirine muttasıl gayrimenkullerin sahipleri arasında bunlardan birinin veya bir kaçının o gayrimenkul üzerinde mevcut veya inşa edilecek binanın, muayyen bir katından veya dairesinden yahut müstakillen istimalle elverişli bir bölümünden munhasıran istifadesini temin gayesiyle Medeni Kanunun 753 üncü maddesi hükümlerine göre irtifak hakkı tesisine veya tesisine vadine mütedair resmi senetler tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından tanzim edilir.” Aynı maddenin 6. fıkrasının 2. cümlesine göre, “Resmi senedi, taraflar ile hazırlayan tapu sicil müdürlüğü görevlileri imzalar, tapu sicil müdürü veya görevlendirilen memur onaylar.”

¹²² Kayar, Borçlar Hukuku, s. 271; O. Gökhan Antalya/Murat Topuz, Marmara Hukuk Yorumu-Eşya Hukuku, Cilt: IV/1, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 147, kn. 461.

¹²³ Taşınmazlarda mülkiyet kural olarak tescille kazanılır (TMK m. 705). Bunun için de malikin tescil talebinde bulunması gerekir. Uygulamada ise bu talep satışa ilişkin olarak yapılan resmi senet içinde yer almaktadır. Taşınmazlarda mülkiyet devrinin geçerliliği borçlandırıcı işlemin geçerli olmasına bağlıdır (TMK m. 1025). Bkz. Haluk Nami Nomer/Baki İlkay Engin, Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri Cilt I: Satış Sözleşmesi, 6. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 70, kn. 56.

yapılan sözleşme geçersizdir¹²⁴.

Yargıtay kararlarında bir taşınmazın tapuda devrinin yapılmasını sağlamak için dolaylı olarak senet alınmasının suçu oluşturduğuna yönelik olaylara rastlanmaktadır¹²⁵. Belirtmek gerekir ki bu durumda zaten senedin yağması suçu bakımından sorun teşkil eden bir husus bulunmamaktadır. Yalnızca failin senedin alınmasındaki amacı-saiki farklılık arz etmektedir. Bunun da senedin yağması suçunun manevi unsuru bağlamında bir önemi yoktur.

Taşınmazlar tapu ile devredilebileceği için mağdurun taşınmazını

¹²⁴ Koca, Yağma Cürümleri, s. 120; Boyracı, s. 36.

¹²⁵ “...sanık ...'in, katılana ait arazi ile buna komşu bulunan hisseli arazideki katılanın payına düşen kısmı satın almak istediği, ancak katılanın söz konusu arazi ile ilgili olarak diğer hissedarlardan kaynaklanan sıkıntılardan dolayı satışın yapılmadığını belirttiği, bunun üzerine sanık ...'in bu sıkıntıları gidermek için katlıandan icra takibine konulmak üzere kendisini borçlu gösteren bir senet düzenleyip vermesini ve bu yolla araziyi satın aldıktan sonra bedelini ödemeyi teklif ettiği, tarafların anlaşması sonucu sanık ...'in 04.08.2014 tarihinde katılanın evine geldiği, burada borçlu kısmı katılan tarafından “... ucarı mah anamur ... ucarı mah” şeklinde doldurulan senedin düzenlendiği, tanık Fatma'nın da senet üzerine kefil sıfatıyla iki kez parmak bastığı, diğer kısımları boş bırakılan senedin katılan tarafından imzalanmadığı, sanıklar Kürşat Şamil ve Abdulkadir'in katılan ile birlikte 07.08.2014 tarihinde Anamur Tapu Sicil Müdürlüğüne geldikleri, katılana ait arazinin sanık ...'e devrinin yapılması için gerekli işlemlere başlandığı, ancak sanıkların arazi bedelini hemen ödemeye yanaşmamaları üzerine katılanın arazisini satmaktan vazgeçtiği, tapu sicil müdürlüğünden ayrılan katılan ile ardından gelen sanıkların tartışmaya başladıkları, tartışmanın büyümesi üzerine sanıkların katılanı, kafasını ve burnuna yumrukla vurmak suretiyle basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte yaraladıkları, bu sırada sanık ...'in, yere düşen katılanın ellerini tuttuğu, sanık ...'in ise katılanın cebinde bulunan senet ile 80 Lirayı alıp, katılana bir kalem vererek senedi imzalamasını istediği, sanık ...'in de “Bu senedi imzalamazsan seni öldüreceğiz” diyerek katılanı tehdit ettiği, suça konu senedi cebir ve tehdit yoluyla alıp katılana imzalatan sanıkların araçlarıyla kaçtıkları, bu şekilde sanıkların atılı nitelikli yağma suçunu işlediklerinin sabit olduğu...” Yargıtay CGK, 2017/655 E., 2018/56 K., 20.02.2018. “Katılanın olayın sıcaklığına alınmış beyanında özetle; olay tarihinde saat 15.30 sıralarında minibüse binerek köyüne gitmek üzere yola çıktığını, Hamdilli kasabasını geçtikten sonra bir aracın köy arabasını sollayarak önünde durduğunu ve araçtan inen 3 kişinin köy arabasının yanına geldiğini, içlerinden sanık ...'i köylüsü olduğu için tanıdığını, diğerlerini tanımadığını, sanık ...'nin yanına gelecek ‘Amca gel bi konuşalım’ dediğini ve diğer 2 kişinin katılanı kollarından tutarak araçtan indirdiklerini ve kendi araçlarına bindirdikleri, biraz ilerledikten sonra kafasını bir montla kapattıklarını ve bir eve soktuklarını, kıyafetlerini çıkardıkları, 2 adet senet çıkararak zorla imzalamak istedikleri, katılanın imzalamak istememesi üzerine burnuna kalem sokup ve burnunu kanattıklarını bunun üzerine katılanın imzalamak zorunda kaldığı, ardından montunun cebinde bulunan 1000 TL parasını aldıklarını ve ‘Traktörünü satın hemen 20 bin lirayı getireceksin’ böylece senedin birini vereceğiz, 20 dönüm tarlanı da sanık ...'in üzerine yaptığında ise diğer senedi vereceğiz dedikleri...olayda...” Yargıtay 6. CD, 2017/1273 E., 2019/6203 K., 12.12.2019.

yazılı adi bir kağıt ile devrettiğini beyan etmesi halinde mülkiyet hukuken geçemeyeceğinden yağma suçu oluşmaz. Dolayısıyla bir kişinin diğer bir kişiyi cebir veya tehdit ile adi bir taşınmaz satış sözleşmesi yapmaya zorlaması halinde senedin yağması gerçekleşmez. Bu durumda şartları varsa failin, cebir veya tehdit suçundan dolayı cezai sorumluluğuna gidilmelidir¹²⁶.

Benzer şekilde, taşınmaz satış vaadi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 237/2 gereğince noterde resmi şekilde düzenlenmelidir. Bunun cebir veya tehdit ile düzenlenmesi durumunda öğretilen senedin yağması suçunun oluşacağı ifade edilmektedir¹²⁷. Buna ilişkin olarak öğretilen ayrıca, taşınmaz satış vaadinin bir kişiye zorla imzalatılmasının senedin yağması olacağı ifade edilmiştir¹²⁸. Kanaatimizce ikinci ifade şekli isabetlidir. Çünkü taşınmaz satış vaadini noter resmi şekilde düzenlemektedir. Bu taşınmaz satış vaadine kişinin *tehdit* kullanılarak imza atmasının sağlanması senedin yağması olacaktır^{129, 130}.

3) Yağma Suçunun Fiil Unsuru

Yağma suçu çok hareketi bir suç olup¹³¹ önce mağdurun iradesi etkilenir;

¹²⁶ Koca, Yağma Cürümleri, s. 121; Boyracı, s. 36-37; Ünal, s. 93-94.

¹²⁷ Ünal, s. 94. 1512 sayılı Noterlik Kanunu m. 60'a göre, "Noterlerin görevleri: ... 3. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapmak ve bu sözleşmeyi taraflardan birinin talep etmesi, harç ve giderleri ödemesi hâlinde tapu bilişim sistemi vasıtasıyla tapu siciline şerh vermek, taşınmaz satış sözleşmesi yapmak..." Aynı kanunun m. 89'a göre, "Niteliği bakımından tapuda işlem yapılmasını gerektiren sözleşme ve vekaletnamelerle, vasiyetname, mülkiyeti muhafaza kaydı ile satış, gayrimenkul satış va'di, vakıf senedi, evlenme mukavelesi, evlat edinme ve tanıma, mirasın taksimi sözleşmesi ve diğer kanunlarda öngörülen sair işlemler bu fasıl hükümlerine göre düzenlenir."

¹²⁸ Gökçen/Artuç, s. 5368.

¹²⁹ Resmi şekilde düzenlenen belgelerin de senedin yağması suçuna konu olabileceğine ilişkin olarak verilen bir karara göre, "...Birlikte tehdit suçundan sanıklar hakkında açılan kamu davasının yapılan yargılaması sonucunda, Ankara Batı 1. Asliye Ceza Mahkemesinin 23/06/2014 tarihli kararıyla, sanıkların inşaat sözleşmesi nedeniyle alacaklı oldukları müştekidenden alacaklarını alamamaları üzerine ona hitaben "yarın seninle notere gideceğiz, burada haklarından feragat ettiğine dair bize yazı vereceksin, yoksa seni öldürürüz, dağa kaldırırız, hanımını sinkaf ederiz." diyerek tehdit ettiklerine dair iddianın sübutu halinde, TCK'nun 148, 149/1-c, 35/2 ve 150. maddeleri kapsamında senet yağması suçunu oluşturabileceği gerekçesiyle görevsizlik kararı verildiği... Bu çerçevede, somut olayda öncelikle her iki suçun unsurları değerlendirilerek eylemin yağma suçunu mu yoksa tehdit suçunu mu oluşturduğu belirlenecek, akabinde ise yargılama yapma görevinin hangi mahkemede olduğuna karar verilecektir..." Yargıtay 4. CD, 2014/45945 E., 2015/27733 K., 24.04.2015.

¹³⁰ Borçlar hukuku anlamında cebir ve tehdide ilişkin açıklamalarımız için bkz. dn. 98.

¹³¹ Mahmut Koca/İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 121.

sonrasında ise malı alınır¹³². Bu suç ayrıca bağlı hareketli bir suçtur¹³³. TCK m. 148/1 ve 2’de sayılan amaç hareketler yalnızca cebir veya tehdit kullanılarak gerçekleştirilebilir¹³⁴. Yargıtay kararlarında ve öğretide çoğunluk görüşü olarak yağma suçunun cebir ya da tehdit ile yapılan hırsızlık olarak adlandırıldığı görülmektedir¹³⁵.

Bir görüşe göre, TCK m. 148/1’de düzenlenen klasik yağma suçunda cebir veya tehdit kullanılarak mağdurun malı teslim etmeye ya da alınmasına karşı koymamaya *mecebur bırakılmasıyla*; TCK m. 148/2’de düzenlenen senedin yağması suçunda ise mağdurun fıkıradaki öngörülen özellikleri haiz bir belgeyi vermeye, imzalamaya, alınmasına ya da imhasına karşı koymamasına *mecebur bırakılmasıyla* suç tamamlanır¹³⁶. Dolayısıyla suç bir tehlike suçu olup; senedin yağması özelinde, senedin ya da mevcut bir senedi hükümsüz kılacak vesikanın verilmesi, senedin alınmasına karşı konulmaması, senedin imha edilmesi ya da imhasına karşı konulmaması hallerinde suç tamamlanır¹³⁷. Cebir veya tehdidin vesikayı vermek, kağıdı imzalamak gibi neticeleri gerçekleştirilmesi gerekmez. Bu neticeleri gerçekleştirmeye elverişli olması yeterlidir¹³⁸.

Diğer görüşe göre, senedin yağması bakımından TCK m. 148/2’deki fiiller arasında ayrıma gitmiştir. Buna göre, senedin yağması suçu, bir senedin ya da bir senedin hükümsüz kaldığını açıklayan vesikanın alınmasıyla tamamlanmaktadır. Öte yandan TCK m. 148/2’de sayılan diğer fiillerden olan senedin alınmasına karşı koymamaya, ileride böyle bir senet haline getirilebilecek bir kâğıdı imzalamaya ya da var olan bir senedi imha etme yahut imhasına karşı koymamaya durumlarında mağdurun cebir veya tehdit kullanılarak zorlanmasıyla suç tamamlanır¹³⁹.

¹³² Ahmet Taşkın, “Yağma Suçunda Cebir ve Tehdit”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, 2007, (12), s. yok. <https://proxy.hacbayram.edu.tr:2089/belge/yagma-sucunda-cebr-ve-tehdit/826356/yagma+suçu> Erişim Tarihi: 17.10.2022.

¹³³ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 122.

¹³⁴ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 769.

¹³⁵ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 743; Soyaslan, s. 402. Ancak bu tanımın günümüz açısından eksik olduğu yönünde bkz. Taşkın, Yağma Suçunda Mal Kavramı, s. 98.

¹³⁶ Yıldız, s. 94; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 690.

¹³⁷ Yıldız, s. 94.

¹³⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 690.

¹³⁹ Necati Meran, Hırsızlık, Yağma, Karşılıksız Yararlanma ve Malvarlığına Karşı Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 215. Bu görüşe ilişkin örnek için bkz. Kuzudışli, s. 58-59.

Bizim de katıldığımız son bir görüşe göre, klasik yağma suçunda mağdurdan malın alınması; senedin yağması suçunda da borç doğuran belgenin alınması ya da yok edilmesi ile suç tamamlanır¹⁴⁰. Diğer bir ifadeyle amaç hareketin de gerçekleştirilmesi halinde suç tamamlanır¹⁴¹. Suçun tipik hareketi esasında malın alınmasıdır. Ancak bu malın herhangi bir şekilde değil; cebir veya tehdit ile alınması halinde yağma suçu oluşacaktır. Malın alınması için gerçekleştirilen cebir ya da tehdide rağmen malın alınmaması halinde suça teşebbüsten (TCK m. 35) bahsedilecektir¹⁴². Kanunda tehdit ederek ya da cebir kullanarak malı teslim veya malın alınmasına karşı koymamaya *mecbur kılmaktan* söz edilmektedir. Her ne kadar madde metninde açıkça “malın teslim edilmesi ya da alınması” gerektiğine yönelik bir ifade yoksa da, bu düzenleme 765 sayılı TCK’de de aynı şekilde yer almaktaydı. Bu kanun zamanında öğreti ve Yargıtay anılan düzenlemeyi tırnak içinde ifade ettiğimiz şekilde anlamaktaydı. 5237 sayılı TCK için de aynı görüşün kabulü gerekir¹⁴³. Bu açıklamalar senedin yağması için de geçerlidir.

Gereğede ifade edildiği üzere malın teslim edilmesi ya da alınması, suça konu mal üzerinde mağdurun zilyetliğine son verilmesi, mağdurun eşya üzerinde zilyetlikten doğan tasarruf haklarını kullanmasının imkansız hale gelmesidir¹⁴⁴. Fail, mağdurun mal üzerindeki zilyetliği sona erdirerek yeni bir zilyetlik kurmalı¹⁴⁵; malı kendi egemenliğine geçirmelidir.¹⁴⁶ Yağma suçunun tamamlanmasından ve malın failin hakimiyetine girmesinden sonra, onun suça konu mal üzerinde gerçekleştirdiği zarar verme gibi fiiller cezalandırılmayan sonraki hareket olarak kabul edilir ve ayrıca cezalandırılmaz¹⁴⁷.

İnceleme konusu karar bağlamında bu seçimsel amaç hareketlerden “borç altına sokabilecek bir senedin verilmesine mecbur etme” ve “borç

¹⁴⁰ Ünal, s. 230. Aynı yönde bkz. Taşkın, Yağma Suçunda Cebir ve Tehdit, s. yok; Ekinci/Esen, s. 96; Şen, s. 123.

¹⁴¹ Boyracı, s. 26.

¹⁴² Yıldız, s. 89; Ünal, s. 230; Eker, s. 103.

¹⁴³ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 759.

¹⁴⁴ Madde gerekçesi için bkz. Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, s. 358.

¹⁴⁵ Sahillioğlu Baklacı, s. 46. Aksi yöndeki görüşe göre, taşınır malın veya senedin alınmasıyla yağma suçu oluşacağı için, suç konusunun mağdurun hakimiyet alanından çıkarılarak failin hakimiyet alanına geçirilmesi gerekli değildir. Şen, s. 123.

¹⁴⁶ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 760.

¹⁴⁷ Yıldız, s. 113; Taşkın, Yağma Suçunda Cebir ve Tehdit, s. yok; Taşkın, Yağma Suçunda Mal Kavramı, s. 98.

doğurucu senedin alınmasına karşı koymamaya mecbur etme”ye değinmek gerekir. Borç altına sokabilecek bir senedin verilmesine mecbur etme ile ifade edilmek istenen, mağdur ya da bir başkasını borçlandırabilecek bir senedin cebir veya tehditle faile verilmesini zorunlu kılmaktır¹⁴⁸. Borç doğurucu senedin alınmasına karşı koymamaya mecbur etme ise, mağdurun ya da başkasının borçlusu olduğu senedin cebir veya tehdit ile mağdurdan alınması; yani mağdurun senedin alınmasına direnememesine neden olmaktadır¹⁴⁹.

Suçun tamamlanması için mağdurun malvarlığındaki zararın fiilen gerçekleşmiş olması veya senet bedelinin tahsil edilmiş olması gerekmez. Zararın meydana gelebilecek olması da yeterlidir¹⁵⁰.

Çok hareketli suçlara teşebbüs mümkündür. Failin ilk hareketi ikincisini gerçekleştirmek için icra ettiğinin tespiti durumunda o suçta teşebbüsten sorumluluğuna gidilmelidir¹⁵¹. Yağma suçunun icra hareketlerine cebir ya da tehdide yönelik hareketlerin icrası ile başlanmaktadır¹⁵². İcra hareketlerinin başlamasına karşın tamamlanamaması; cebir ya da tehdide karşın taşınır malın yağmasında malın alınamaması; senedin yağmasında senedin alınamaması, belgenin imzalatılmaması, imha edilmek istenen senedin imha edilememesi durumunda teşebbüs söz konusu olacaktır¹⁵³.

4) Yağma Suçunda Tehdidin Niteliği¹⁵⁴

TCK m. 148/1’e bakıldığında herhangi bir hukuki değere değil; sadece maddede özel olarak sayılan değerlere yönelik tehdidin bildirilmesini aradığı görülür. Bunlar madde metninde, hayat, vücut veya cinsel dokunulmazlığı ve de malvarlığı itibarıyla büyük bir zarar¹⁵⁵ şeklinde gösterilmiştir. Bunlar dışında kalan bir hukuki değere yönelen tehdit neticesinde mağdurun malı teslimine ya da malın alınmasına karşı koymaya mecbur kılınması halinde yağma

¹⁴⁸ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 769.

¹⁴⁹ Korkmaz, s. 76.

¹⁵⁰ Centel/Zafer/Çakmut, s. 414; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 690; Eker, s. 102. Keza failin senede konu edimi mahkemeler ya da cebri icra yoluyla gerçekleştirebilmesi de suçun oluşmasına engel değildir. Koca, Yağma Cürümleri, s. 119.

¹⁵¹ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 121.

¹⁵² Yıldız, s. 94.

¹⁵³ Yıldız, s. 94-95; Ekinci/Esen, s. 97-98; Koca, Yağma Cürümleri, s. 286; Boyracı, s. 26.

¹⁵⁴ İnceleme konusu kararla olan bağlantısı dolayısıyla yağma suçunun unsuru olan tehdide ayrı bir başlık altında yer vermeyi uygun görmekteyiz.

¹⁵⁵ Bu şekildeki sınırlamanın yerinde olduğu yönünde bkz. Savcı, s.52-53.

suçu gerçekleşmez¹⁵⁶. Mağdura yapılacak tehdidin onun irade özgürlüğünde etkide bulunarak iç huzurunu bozacak, korku ve endişe meydana getirecek boyutta olması aranır. Öte yandan suçun oluşması için mağdurun gerçekte de iç huzurunun bozulması, korkuya kapılması gerekli değildir¹⁵⁷.

Yağma suçunun oluşabilmesi için tehdidin objektif olarak ciddi¹⁵⁸, malın alınmasına elverişli mahiyette ve yoğunlukta olması gerekir. Bu nedenle TCK m. 106/1'in son cümlesinde ifade edilen "sair bir kötülük edeceğinden bahisle tehdit" yağma suçunu oluşturacak tehdit kapsamında görülmemiştir. Bunun yanında sırf malvarlığı itibarıyla zarara uğratacağından bahisle tehdit de yağma suçuna vücut vermez. Malvarlığına ilişkin bildirilen zararın büyük olup olmadığı, somut olayın özelliklerine göre ve mağdurun ekonomik duruma göre değişiklik gösterebilir¹⁵⁹. Örneğin tüm malvarlığı üzerinde bulunan kıyafetlerden ibaret olan bir kişiye "ceketini yırtarım" demek büyük bir zarar iken; varlıklı birisi için bu husus bir ciddiyet arz etmeyebilecektir¹⁶⁰.

Tehdide konu kötülük ile malın teslimi arasında bir oran bulunmalı, kötülük bildiri mi malın teslimiyle kıyaslandığında daha ciddi bir boyutta olmalıdır¹⁶¹. Öte yandan tehdidin ciddi olup olmadığı somut olayın şartlarına göre de değerlendirilmelidir. Bu bağlamda failin konumu, mağdurun durumu, olayın icra ediliş şekli gibi hususlar göz önünde bulundurulmalıdır¹⁶².

Bir görüşe göre, malvarlığına ilişkin büyük zarar tehdidinin varlığından bahsedebilmek için tehdit sırasında bu malvarlığı değerinin mağdurun zilyetliğinde olması gerekmez. Bu malvarlığı değeri önceden bir şekilde failer tarafından ele geçirilmiş ve mağdurun, failerin istediği menfaati sağlaması durumunda bu mala zarar verileceği tehdidinde bulunulmuşsa yine yağma suçunun bulunduğu kabul edilir¹⁶³. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre, mal üzerinde hakimiyet sağlanmasından sonra başvuru cebir veya tehdit yağma kapsamında değildir. Yağma suçunda cebir veya tehdit

¹⁵⁶ Yıldız, s. 91; Semiz, s. 754; Tezcan/Erdem/Önok, s. 804; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 757.

¹⁵⁷ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 624.

¹⁵⁸ Erkan Kılıç, s. 14; Savcı, s. 56-57.

¹⁵⁹ Semiz, s. 755; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 410; Gökçen/Artuç, s. 5355.

¹⁶⁰ Gökçen/Artuç, s. 5355. Aynı yönde bkz. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 624.

¹⁶¹ Erkan Kılıç, s. 17.

¹⁶² Semiz, s. 752.

¹⁶³ Semiz, s. 755.

malın bulunduğu yerden alınmasından önce kullanılmalıdır¹⁶⁴. Dolayısıyla ilk anılan görüş gibi bir olayda yağma suçunun gerçekleştiğini kabul etmiyoruz. Tehdide konu kötülüğün gerçekleşip gerçekleşmemesinin yağma suçunun oluşması açısından önemi yoktur. Önem arz eden husus, tehdidin mağdur üzerinde etkili olması; -kısaca- malın veya senedin alınmasında araç olarak kullanılmasıdır. Tehdide konu olan kötülüğün de gerçekleştirilmesi halinde, suç teşkil ediyorsa bundan dolayı da failin cezalandırılması yoluna gidilir¹⁶⁵.

Senedin yağmasını düzenleyen hükümde yalnızca “tehdit kullanılarak” ifadesine kullanılmış; tehdidin yönelik olduğu hukuki değerler ayrıca gösterilmemiştir. Suçta kanunilik ilkesi temel alınır, “sair kötülük” ve hatta “şantaj” yoluyla borç doğurucu senet alınması halinde senedin yağması suçunun oluştuğu söylenebilir¹⁶⁶. Fakat buna rağmen kabul ettiğimiz görüşe göre, TCK m. 148/2’deki tehdidin de ilk fıkradaki hukuki değerlere yönelik olması gerekir¹⁶⁷. Kanun koyucunun ilk fıkradaki hukuki değerleri ikinci fıkrada belirtmemesinin nedenleri olarak öğretide kanun koyucunun dikkatsizliği¹⁶⁸ veya ilk fıkrayla tekrara düşmeme gösterilmiştir¹⁶⁹. Çünkü yukarıda da açıkladığımız üzere, TCK m. 148’in düzenleniş şekli göz önünde bulundurulduğunda senedin yağması, yağma suçunun özel bir görünüş şeklidir¹⁷⁰. Öğretide, senedin yağması bakımından da tehdidin yönelik olduğu konuların ayrıca belirtilmesi gerektiği, mevcut durumun kanun yapma tekniğine uygun olmadığı ifade edilmiştir¹⁷¹.

¹⁶⁴ Bu görüşe ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 812-813; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 673.

¹⁶⁵ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 624.

¹⁶⁶ Ersin Şare, “Bileşik Suç Niteliğindeki Yağma Düzenlemesinin Suçta Kanunilik İlkesi Yönünden Değerlendirilmesi”, ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021, 3(2), 613-674, s. 653.

¹⁶⁷ Arslantürk, s. 73; Taneri/Kamışlı, s. 897; Semiz, s. 756; Tezcan/Erdem/Önok, s. 828. Aksi yönde bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 690; Altınay, s. 58; Taş, s. 243; Soyaslan, s. 411; Şare, s. 653. Gökcan/Artuç’a göre, senedin yağmasını müstakil bir maddede düzenleyen 765 sayılı TCK m. 496’de tehdit “şahsan veya malen büyük bir tehlikeye düşüreceği beyanı” ile sınırlandırılmıştır. Ancak 5237 sayılı TCK m. 148/2’de böyle bir sınırlama öngörülmediğinden tehdidin kapsamı genişletilmiştir. Gökcan/Artuç, s. 5366. Aynı yönde bkz. Ekinci/Esen, s. 103.

¹⁶⁸ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 771.

¹⁶⁹ Koca, Yağma Suçu, s. 2811; Altınay, s. 58.

¹⁷⁰ Taş, s. 244.

¹⁷¹ Koca, Malvarlığına karşı işlenen suçlar, s. 80; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 771.

B) HAKKI OLMAYAN YERE TECAVÜZ

Hakkı olmayan yere tecavüz suçu TCK m. 154'te düzenlenmiş olup madde metninde üç ayrı suç tipi düzenlenmiştir. Somut olay bakımından tartışılması gereken husus 1. fıkrada düzenlenen suç olduğundan diğerlerine değinmeye gerek bulunmamaktadır. Bu suç, öğretide “taşınmaz veya eklentilere tecavüz suçu” olarak ifade edilmektedir¹⁷².

Hakkı olmayan yere tecavüz suçuyla (TCK m. 154/1) kişinin, asıl olarak, taşınmaz malı veya eklentileri üzerindeki *mülkiyet hakkından* doğan yetkilerini serbestçe kullanması koruma altına alınmıştır. Fakat bir hakka dayanarak taşınmaz ve/veya eklentileri üzerinde malikin bilgisi ve verdiği yetki çerçevesinde¹⁷³ zilyet olan kişinin de bu hakkından yararlanmasının engellenmesi de bu suçta vücut vermektedir. Dolayısıyla bu suçta ayrıca *zilyetlik* de korunmaktadır¹⁷⁴. Ancak bir görüşe göre suçla korunan hukuki değer yalnızca, taşınmaz mal ve eklentileri üzerindeki *zilyetlik*¹⁷⁵. Hakkı olmayan yere tecavüz suçunda öncelikle mülkiyet hakkı korunduğundan taşınmazın maliki değil de yalnızca zilyedi olan kişilerin de fail olabilmesi mümkündür¹⁷⁶. Bir hakka dayalı olarak taşınmaz üzerinde zilyet olan kişi, kendine tanınan bu hakkın süresi dolmasına rağmen taşınmazda kalmayı sürdürürse, bu kişinin de suçun faili olmasından bahsedilebilir¹⁷⁷.

TCK m. 154/1'de düzenlenen suçun mağduru, taşınmaz ya da eklenti üzerinde bir hakkı haiz olan gerçek kişidir. Malın zilyedi olan hak sahibi kişinin malın maliki olması zorunluluğu yoktur¹⁷⁸. Hak sahibi kişi, örneğin taşınmazın kiracısı, taşınmaz üzerinde kullanma ve yararlanma hakkı olan irtifak sahibi bir kişi olabilir. Önemli olan zilyetliğin hukuken geçerli bir

¹⁷² Centel/Zafer/Çakmut, s. 450. Soner Demirtaş, “Hakkı Olmayan Yere Tecavüz Suçu (TCK m. 154)”, Ceza Hukuku Dergisi, 2018, 13(36), 69-99, s. 70.

¹⁷³ Semiz, s. 997.

¹⁷⁴ Centel/Zafer/Çakmut, s. 449. Suç ile korunan hukuki değer in taşınmaz üzerindeki zilyetlik olduğu yönünde bkz. Dönmezer, s. 551.

¹⁷⁵ Meran, s. 377.

¹⁷⁶ Centel/Zafer/Çakmut, s. 449; Hasan Sınar, “Hakkı Olmayan Yere Tecavüz”, in Özel Ceza Hukuku Malvarlığına Karşı Suçlar, Cilt IV, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 181; Demirtaş, s. 78.

¹⁷⁷ Sınar, s. 182; Taneri/Kamışlı, s. 949.

¹⁷⁸ Demirtaş, s. 77-78.

dayanağının mevcut olmasıdır¹⁷⁹. Dolayısıyla suçun mağduru, taşınmaz veya eklentinin maliki ya da zilyedi olabilir¹⁸⁰. Öte yandan öğretide bir görüş, suçun mağdurunun yalnızca taşınmaz veya eklentinin maliki olabileceğini ifade etmektedir¹⁸¹.

Suçun konusu, başkasına ait *taşınmaz mal* ya da eklentileridir¹⁸². Taşınmaz, malikinin zilyetliğinde olabileceği gibi; üçüncü bir kişinin zilyetliğinde de olabilir. Zira bu durumda da mal başkasına ait olma özelliğini korur¹⁸³. Suçun konusunun taşınmaz mal olması bu suçu hırsızlık suçundan ayıran asıl kriterdir¹⁸⁴. Suça konu taşınmazın başkasına ait olması gerektiğinden sahipsiz taşınmazlar bu suçun konusu olamazlar. Örneğin, tapuya kayıtlı bir taşınmaz, malikinin terk yönündeki irade açıklaması üzerine tapu memurunun yapacağı *terkin işlemiyle* sahipsiz hale gelir (TMK m. 717). Böyle bir taşınmazın mülkiyeti, kişinin üzerinde zilyetlik kurmasıyla kazanılır. Buna “işgal” denir¹⁸⁵ (TMK m. 707)¹⁸⁶. Hakkı olmayan yere tecavüz suçunun oluşması için taşınmazın tapu siciline kayıtlı olup olmaması önemli değildir.

TCK m. 154/1 hükmünde belirtilen suç, seçimlik hareketli bir suçtur. Başkasına ait taşınmazı malikmiş gibi tamamen ya da kısmen işgal etmek, sınırlarını değiştirmek, bozmak yahut hak sahibinin bunlardan kısmen de olsa yararlanmasına engel olmak hareketlerinin birinin icrasıyla suç oluşur¹⁸⁷. İnceleme konusu kararlar da ilgili olması bakımından anılan seçimlik hareketlerden “işgal”e değinmek gerekir. İşgal, başkasının elinde olan bir taşınmazı ve eklentilerini hukuka aykırı olarak ele geçirmek¹⁸⁸; bunları tamamen veya kısmen işgal etmektir¹⁸⁹. Diğer bir ifadeyle, hak sahibinin

¹⁷⁹ Dönmezer, s. 542.

¹⁸⁰ Taneri/Kamışlı, s. 949.

¹⁸¹ Semiz, s. 998.

¹⁸² Koca, Malvarlığına karşı işlenen suçlar, s. 84.

¹⁸³ Centel/Zafer/Çakmut, s. 450; Sınar, s. 184; Demirtaş, s. 72; Taneri/Kamışlı, s. 947; Semiz, s. 997; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 704.

¹⁸⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 704; Sınar, s. 184.

¹⁸⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ayan, Eşya Hukuku, s. 46 vd.

¹⁸⁶ TMK m. 707’ye göre, “*Tapu kütüğüne kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetinin işgal yoluyla kazanılması, ancak kaydının malikin istemiyle terkin edilmiş olmasına bağlıdır. Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar üzerinde işgal yoluyla mülkiyet kazanılamaz.*”

¹⁸⁷ Sınar, s. 186. Seçimlik hareketlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Meran, s. 381 vd.

¹⁸⁸ Centel/Zafer/Çakmut, s. 452.

¹⁸⁹ Sınar, s. 186.

taşınmaz üzerinde sahip olduğu hakları kullanmasının engellenmesidir¹⁹⁰. İşgal, taşınmaz mala kalıcı olarak yerleşilmesi veya bu taşınmazdan devamlı yararlanmak için yapılar inşa edilmesi şeklinde karşımıza çıkabilir¹⁹¹. İşgal seçimlik hareketiyle taşınmaz malın kendisi korunmaktadır¹⁹². İşaret etmek gerekir ki TCK anlamında işgal, TMK m. 707'den¹⁹³ farklıdır. TMK anlamında işgal, tapu kütüğüne kayıtlı olan taşınmazın kaydının daha sonra malikin istemiyle terkin edilmesi ile gerçekleşen bir mülkiyet kazanım yoludur. TCK m. 154/1'deki işgalin konusu ise, tapu kütüğünden terkin edilmiş taşınmaz değil; aksine kütüğe kayıtlı bir taşınmazdır. Kanun metninden de açıkça anlaşıldığı üzere işgal, taşınmazın tamamı üzerinde ya da bir kısmı üzerinde de gerçekleşebilir¹⁹⁴. İşgal fiilinin, niteliği gereği belli bir süre devam etmesi gerektiğinden, suç bu seçimlik hareket bakımından mütemadi suç özelliği göstermektedir¹⁹⁵.

Hakkı olmayan yere tecavüz suçunun oluşabilmesi için işgal, belli bir hakka dayanmamalıdır. Bir hakka dayanması halinde, TCK m. 26/1'de düzenlenen hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninin varlığı söz konusu olur ve failin fiili suç teşkil etmez¹⁹⁶. Bu durumda hakkın kullanılması hukuka uygun nedeninin şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılması gerekir. Dolayısıyla fail tarafından doğrudan doğruya kullanılabilen, kullanılması için yargıdan ya da herhangi bir makamdan karar alınması gerekmeyen ve hukuk düzeni tarafından kabul edilen sübjektif bir hakkın varlığı aranmalıdır¹⁹⁷. Öğretide buna kira bedelini ödemiş olmasına rağmen taşınmazdan yararlanmasına izin verilmeyen kiracının taşınmazı kısmen ya da tamamen işgal etmesi örnek olarak verilmektedir. Failin hakkını kullanabilmesi yargı veya herhangi bir makamdan alınacak karara bağlı ise, bu karar alınmaksızın taşınmazın tamamen ya da kısmen işgal edilmesi halinde suçun olası kastla

¹⁹⁰ Centel/Zafer/Çakmut, s. 452; Fatih Bölek, Hakkı Olmayan Yere Tecavüz Suçu (TCK m. 154), Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, s. 45-46.

¹⁹¹ Sinar, s. 186; Meran, s. 381.

¹⁹² Meran, s. 381.

¹⁹³ TMK m. 707'e göre, "Tapu kütüğüne kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetinin işgal yoluyla kazanılması, ancak kaydının malikin istemiyle terkin edilmiş olmasına bağlıdır."

¹⁹⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 707; Sinar, s. 187.

¹⁹⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 707; Meran, s. 386; Bölek, s. 47-48.

¹⁹⁶ Meran, s. 381.

¹⁹⁷ Meran, s. 381.

işlendiği kabul edilecektir¹⁹⁸. Bir görüşe göre, işgalin bir hakka dayandığı iddiası var ise, TCK m. 154/1’de düzenlenen suç oluşmaz¹⁹⁹. Kanaatimizce hakkın varlığı yalnızca bir iddia seviyesinde ise bu suçun oluşmadığını söylemek isabetli değildir. İşgalde bulunan kişinin böylesi bir hakkı gerçekten haiz olup olmadığının araştırılması gerekir.

TMK m. 973/1’e göre, “Bir şey üzerinde fiilî hâkimiyeti bulunan kimse onun zilyedir.” Zilyetliğin konusu, taşınır ve taşınmaz niteliğindeki eşyalar (eşya zilyetliği) ile sadece TMK m. 973/2’de sayılan taşınmaz üzerindeki irtifak hakları ve taşınmaz yükleri (hak zilyetliği) oluşturur²⁰⁰. Taşınırlarda zilyetlik, mal üzerinde fiili hakimiyet şeklinde görünür. Ancak *taşınmazlarda* iki tür zilyetlik vardır. Birincisi, “*tapu sicilindeki hak sahipliğine dayanan bir zilyetlik*”tir²⁰¹. TMK m. 992/1’e göre, “Tapuya kayıtlı taşınmazlarda, hak karinesinden ve zilyetlikten doğan dava açma hakkından yalnız adına tescil bulunan kimse yararlanır”. İkinci zilyetlik ise “*fiili zilyetlik*”tir²⁰². Taşınmaz üzerindeki fiili zilyetlik, taşınmazın fiili hakimiyet altında bulundurulması olarak ortaya çıkar. Taşınmazda oturulması veya tarım yapılması buna örnek olarak verilebilir²⁰³.

Hakkı olmayan yere tecavüz suçunun kanuni tanımı gereğince suçun oluştuğundan bahsedebilmemiz için taşınmaz üzerinde *hakka dayanmayan* zilyetliğin bulunması gerekir. Bu da bizi *hakka dayanan* ve *hakka dayanmayan* (*haksız*) zilyetlik ayırımına götürür. Hakka dayanan zilyetlik halinde, zilyedin eşyayı kendi hakimiyet alanında bulundurabilme yönünde bir hakkı vardır. Bu hak, mülkiyet ya da sınırlı aynı hak veya alacak hakkı olabilir. Örneğin intifa ve oturmada sınırlı aynı hak; kira sözleşmesinde ise kiracının alacak hakkı zilyetliğe temel oluşturur²⁰⁴. Hakka dayanmayan zilyetlikte ise, zilyedin eşyayı hakimiyetinde bulundurmasına olanak sağlayan bir hakkı bulunmamaktadır²⁰⁵.

Hakkı olmayan yere tecavüz suçunun oluşabilmesi için fail, taşınmazın

¹⁹⁸ Meran, s. 381.

¹⁹⁹ Taneri/Kamışlı, s. 951.

²⁰⁰ Anyalya/Topuz, s. 190, kn. 642.

²⁰¹ Anyalya/Topuz, s. 190, kn. 643.

²⁰² Ayan, Eşya Hukuku, s. 80.

²⁰³ Ayan, Eşya Hukuku, s. 87.

²⁰⁴ M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, 15. Bası, Filiz Kitabevi, 2012, s. 62; Turabi, s. 163.

²⁰⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 62.

başkasına ait olduğu ve bu taşınmaz üzerinde herhangi bir hakkı olmadığını bilmelidir. Dolayısıyla suç, yalnızca *doğrudan kast ile* işlenebilir (TCK m. 21/1)²⁰⁶. Kendisine ait olduğunu veya mülkiyet dışında meşru bir hakkı bulunduğunu zannederek başkasına ait taşınmaz üzerinde malikmiş gibi kısmen ya da tamamen işgal fiilini gerçekleştiren veya sınırlarını değiştiren veya bozan veya hak sahibinin bunlardan kısmen de olsa yararlanmasına engel olan fail TCK m. 30/1 uyarınca suçun maddi unsurlarında hataya düşmüştür. Dolayısıyla kasten hareket etmiş olmaz²⁰⁷. Fail, suçun kanuni tanımında yer alan fiilleri hukuken korunan bir hakka veya mağdurun geçerli rızasına ya da meşru savunma gibi hukuka uygunluk sebeplerine dayalı olarak işlemişse hakkı olmayan yere tecavüz suçu oluşmaz²⁰⁸. Failin bir süre hak sahibi olduğunu düşünerek taşınmaz üzerinde tasarrufta bulunması ve/veya fiili kullanımına hak sahibince sessiz kalınması; fakat mağdurun bir süre sonra taşınmazın hak sahibi olduğunu veya fiili kullanıma razı olmadığını belirtmesine karşın failin fiiline devam etmesi halinde de suç oluşacaktır²⁰⁹. Malik aralarındaki bir sözleşmeye istinaden taşınmazı kullanması için faile teslim etmiş ve dolayısıyla failin taşınmaz üzerindeki tasarrufları da bu sözleşmeye dayanıyorsa suç oluşmaz ve uyuşmazlık hukuki bir uyuşmazlık olarak kabul edilir²¹⁰.

Suçun kanuni tanımında geçen “malikmiş gibi” ifadesiyle, TMK m. 683'te düzenlenen²¹¹ ve taşınmaz malın malikine o mal üzerinde en geniş şekilde tasarruf yetkisini veren hakların kullanılması kast edilmektedir²¹².

²⁰⁶ Semiz, s. 1018. Zira bu suçta “bir hakka dayanmaksızın” denilmek suretiyle hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedenine özellikle işaret edilmiştir. Dolayısıyla kanun koyucu failin işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmesini aramıştır. Bu türden suç tanımlarında ceza sorumluluğu için failin suçun maddi unsurları yanında fiilin hukuka aykırılığının bilincinde olup olmadığı ayrıca araştırılmalıdır. Bkz. İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 309-310. Suçun doğrudan veya olası kastla işlenebileceği yönünde bkz. Meran, s. 385; Bölek, s. 144.

²⁰⁷ Meran, s. 385.

²⁰⁸ Semiz, s. 1002.

²⁰⁹ Semiz, s. 1003.

²¹⁰ Semiz, s. 1004; Taneri/Kamışlı, s. 946.

²¹¹ “Mülkiyet hakkının içeriği” başlıklı TMK m. 683'e göre:

“Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir.”

Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebilir.”

²¹² Taneri/Kamışlı, s. 952.

Suçun oluşabilmesi için failin suç konusu taşınmaz üzerinde zilyet veya malik olmamasına ve hukuken korunan bir hakkı haiz bulunmamasına karşın malike ait kullanma, semerelerinden yararlanma ve tasarruf etme yetkilerini kullanma kastıyla hareket etmesi gerekir²¹³. Fail sahiplenme ve malik olma kastı olmaksızın hareket ediyorsa veya bu kastla hareket etmekle beraber, aslında taşınmazın malikiyse veya hukuken korunan bir hakka dayanmakta ise bu suç oluşmaz. Fakat önemle belirtmek gerekir ki, failin bir hakka dayandığı ve dolayısıyla suçun unsurlarının oluşmadığının kabul edilebilmesi için bunun *resmi belge ve kesin kararlar* ile ortaya konulması gerekir. Failin fiilinin şahsi²¹⁴ ya da aynı bir hakka dayandığı iddiasında olduğu hallerde, bu hakkı haiz olup olmadığı veya failin fiilinin kendisine tanınan hakkı aşıp aşmadığı belirlenerek hukuki durumunun tayini yoluna gidilmelidir²¹⁵.

Taşınmaz üzerinde failin hak iddiası varsa ve taşınmazın davaya konu olduğunu beyan ediyorsa, bu davaya ilişkin evrakların sağlanması, suça konu taşınmaz ile hukuk davasına konu yerin aynı yer olup olmadığının tespiti gerekir. Aynı yer ise ve devam eden hukuk davasının bu yerin mülkiyetine ilişkin olduğunun anlaşılması halinde hukuk davasının sonucu, hakkı olmayan yere tecavüz suçu bakımından failin kastına ve suçun unsurlarına etki edeceği için bekletici mesele yapılmalıdır²¹⁶. Hukuk davası sonuçlanmış ise, kararın, kesinleşme şerhini ihtiva eden örneği temin edilmeli ve sonucuna göre failin hukuki durumu belirlenmelidir²¹⁷. Failin taşınmaz üzerindeki hak iddiası soyut ve genel olup; dayanağı olan herhangi bir belge veya istikrarlı ve tutarlı tanık beyanı yoksa bu yöndeki savunmasına itibar edilmez ve suçun oluştuğu kabul edilir²¹⁸.

Aynı kişiye ait olan birden fazla taşınmaz üzerinde kanunda sayılan seçimlik hareketlerin gerçekleştirilmesi; örneğin aynı kişiye ait farklı taşınmazların işgal edilmesi durumunda, işgal fiili *aynı zamanda* gerçekleşmiş ise yine tek bir suç oluşacaktır. Ancak bunun için suça konu taşınmazların bitişik yahut aynı yerde olması gerekir. Öte yandan aynı mağdura ait farklı

²¹³ Semiz, s. 998.

²¹⁴ Örneğin geçit hakkı.

²¹⁵ Semiz, s. 999.

²¹⁶ Belirtmek gerekir ki sadece taşınmazın mülkiyetine ilişkin hukuk davaları bekletici mesele yapılabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Semiz, s. 1000.

²¹⁷ Semiz, s. 1000.

²¹⁸ Semiz, s. 1002.

yerlerdeki taşınmazlar üzerinde *farklı zamanlarda* gerçekleştirilen hareketler bakımından aynı suç işleme kararının tespit edilmesi halinde zincirleme suç (TCK m. 43/1) hükümleri uygulanacaktır²¹⁹. Ancak failin suça konu taşınmazlar üzerindeki fiilleri değişik tarihlerde gerçekleştirdiği kesin olarak belirlenemiyorsa, bu durum failin lehine değerlendirilir; fiillerin aynı zamanda işlendiği kabul edileceği için tek bir suç oluşur²²⁰.

Failin haksız yere işgal ettiği taşınmaz üzerinde birtakım yapım-yıkım işlemleri yapması hususunu da değerlendirmek gerekir. Başkasına ait olan taşınmaz üzerinde yıkma, tahrip etme, yok etme, bozma, kullanılamaz hale getirme veya kirletme fiillerinden bir ya da birkaçını işlemek²²¹ TCK m. 151'de düzenlenen mala zarar verme suçuna vücut verir. Ancak haksız yere işgal ederek taşınmazın hukuka aykırı da olsa zilyetliğini elde eden kişinin bu taşınmaz üzerinde mala zarar verme niteliğindeki fiilleri icra etmesi kanaatimizce cezalandırılmayan sonraki hareket olarak kabul edilmelidir. Cezalandırılmayan sonraki harekette, önceki eylemin işlenmesiyle meydana gelen hukuka aykırılık bundan sonra gerçekleşen eylemleri de kapsar²²². Böylesi bir durumda taşınmaz üzerinde gerçekleştirilen fiiller TCK m. 154/1'in fiil unsuru olan *malikmiş gibi* işgal etmek fiili kapsamında mülkiyet hakkının tanıdığı yetkilerin kullanılmasının bir tezahürüdür.

Son olarak ifade etmek gerekir ki hakkı olmayan yere tecavüz suçu, şikayete tabi bir suçtur. TCK m. 73 uyarınca şikayet hakkını haiz kimse, fiili ve failin kim olduğunu bildiği ya da öğrendiği günden itibaren altı ay içerisinde bu hakkını kullanmalıdır.

²¹⁹ Semiz, s. 1059; Sınar, s. 192. Yazar farklı yerlerdeki taşınmazlar üzerinde farklı zamanlarda icra edilen hareketleri bakımından *gerçek içtima* hükümlerinin uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir.

²²⁰ Semiz, s. 1059.

²²¹ Aslan, s. 379. Bu seçimlik hareketler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Selami Turabi, *Mala Zarar Verme Suçları*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 66 vd.

²²² Kayıhan İçel, "Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Güz 2008, Yıl: 7, (14), 35-49, s. 43. Bilhassa malvarlığına karşı işlenen suçlarda rastlanan bu tür hallerde, fail ilk eylemiyle hukuka aykırı şekilde elde ettiği çıkarları sonradan gerçekleştirdiği eylemlerle güven altına alır ya da değerlendirir. Örneğin hırsızlık yaparak elde ettiği mala failin daha sonra zarar vermesi. İçel, s. 43. Aynı yönde bkz. Erkan Sarıtaş, "Cezalandırılmayan Önceki Hareketler", İstanbul Hukuk Mecmuası, 2022, 80(2), 615-654, s. 646-647.

V. KANAATİMİZ

İnceleme konusu kararda *ilk husus* olan YCGK'nin dolandırıcılık suçunun (TCK m. 158) unsurlarının oluşmadığına ilişkin görüşlere biz de katılmaktayız. Bununla birlikte YCGK'nin işaret ettiği, çeklerin delinmesi ve iptal edilmesi işleminin resmî belgeyi bozmak, yok etmek veya gizlemek suçunu oluşturup oluşturmadığı hususuna değinmek gerekir. Kararda çeklerin “delinmesi” ve “iptali” hususu oldukça muğlaktır ve sadece 1 numaralı dipnotta geçen ifadeler kullanılmıştır. Her ne kadar olayın akışından ilk bakışta bu işlemlerin banka tarafından yapıldığı anlaşılmaktaysa da bu noktada yine bir açıklık yoktur.

Anılan işlemlerden biri olan “delme”ye ilişkin olarak ne TTK ne de 5941 sayılı Çek Kanunu'nda bir düzenleme yer almaktadır. “İptal” ise elden çıkan bir çek için açılan davaya verilen addır²²³. Dolayısıyla olayda geçen “iptal”, çekin iptali için açılması gereken dava ile alakalı değildir. Son olarak çek üzerinde yapılan “karşılıksızdır işlemi”ne değinmekte fayda vardır. Çek Kanunu m. 3/2'ye göre, “*Karşılıksızdır işlemi, muhatap bankanın hamile kanunen ödemekle yükümlü olduğu miktarın dışında, çek bedelinin karşılanamayan kısmıyla sınırlı olarak yapılır.*” Kanun karşılıksızdır işleminin nasıl yapılacağını da yine aynı maddenin 4. fıkrasında düzenlemiştir. Buna göre, “*Hamilin talepte bulunması hâlinde, karşılıksızdır işlemi; çekin arka yüzüne tahsil için bankaya ibraz edildiği tarih, hesap durumu, bankanın yükümlülüğü çerçevesinde ödediği miktar ve ibraz eden gerçek kişinin adı ve soyadı yazılmak, bu kişinin tüzel kişi adına bedeli tahsil etmesi hâlinde bu husus belirtilmek ve bu kişi ile birlikte banka yetkilisi tarafından imzalanmak suretiyle yapılır. Banka tarafından ödenen miktar düşüldükten sonra karşılıksız kalan tutar açıkça belirtilir. Hamilin imzalamaktan kaçınması hâlinde, karşılıksızdır işlemi yapılmaz.*” Görüldüğü üzere inceleme konusu kararda belirtilen delme ve iptal işlemlerinin “karşılıksızdır işlemi” ile de bir benzerliği bulunmamaktadır²²⁴.

²²³ TTK m. 818/1'e göre, “*Polisçeye ait aşağıdaki hükümler çek hakkında da uygulan(acak)*” olup s bendine göre, “*İptal hakkındaki 757 ilâ 763 üncü maddelerle 764 üncü maddenin birinci fıkrası*” da bunlardan biridir. “İptal kararı” başlıklı TTK m. 764'ün ilk fıkrasına göre, “*Elden çıkan poliçe, verilen süre içinde mahkemeye sunulmazsa, iptaline karar verilir.*” Ayrıntılı bilgi için bkz. İsmail Kayar, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 601-602.

²²⁴ Karşılıksızdır işlemiyle ilgili olarak bkz. Kayar, Ticaret Hukuku, s. 708.

Çek, TTK'ye göre bir kambiyo senedi türüdür²²⁵. TCK m. 210/1'e göre, "Özel belgede sahtecilik suçunun konusunun, emre veya hamile yazılı kambiyo senedi, emtiayı temsil eden belge, hisse senedi, tahvil veya vasiyetname olması halinde, resmi belgede sahtecilik suçuna ilişkin hükümler uygulanır." Dolayısıyla çek, resmi belge hükmünde olan belgeler arasındadır. Resmi belge hükmündeki belgelerin, TCK m. 205'te düzenlenen suçta olduğu gibi sadece "resmi belge" ifadesini içeren suçların da konusu olabileceği öğretide kabul edilmektedir²²⁶.

Somut olayda çeklerin üzerinin delindiği ve iptal işlemi yapıldığı ifade edilmiştir. Yani çeklere *fiziksel bir müdahalede* bulunulmuştur. Yukarıdaki açıklamalarımız göz önüne alındığında, bu işlemleri bankanın değil; E'nin, bankaya gitmiş olduğu yönünde algı yaratmak amacıyla yapmış olduğu daha olası görülmektedir. Her ne kadar çek üzerinde yapılan bu delme işleminin onun geçerlik şartlarını etkileyip etkilemediği ifade edilmemiştir²²⁷ de, burada olayın niteliğine göre çekin geçerlik şartlarının ortadan kalkması söz konusuysa TCK m. 205'te düzenlenen resmi belgeyi bozmak, yok etmek veya gizlemek suçunun varlığı söz konusu olacaktır. Bu durumda suçun *resmi belgeyi bozmak* seçimlik hareketiyle işlendiğinin kabulü gerekir. Nitekim bu seçimlik harekette belgenin fiziksel varlığı tamamen ortadan kaldırılmaz.

²²⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 855.

²²⁶ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 797.

²²⁷ TTK m. 780'de çekte bulunması gereken şekli unsurlar düzenlenmiştir. Buna göre:

"(1) Çek;

a) Senet metninde "çek" kelimesini ve eğer senet Türkçe'den başka bir dille yazılmış ise o dilde "çek" karşılığı olarak kullanılan kelimeyi,

b) Kayıtsız ve şartsız belirli bir bedelin ödenmesi için havaleyi,

c) Ödeyecek kişinin, "muhatapın" ticaret unvanını,

d) Ödeme yerini,

e) Düzenlenme tarihini ve yerini,

f) Düzenleyenin imzasını,

g) Banka tarafından verilen seri numarasını,

h) Karekodu,

içerir."

"Unsurların bulunmaması" başlıklı TTK m. 781/1'e göre ise, "780 inci maddede gösterilen unsurlardan birini içermeyen bir senet, ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarda yazılı hâller dışında çek sayılmaz." Çekin unsurlarıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Kayar, Ticaret Hukuku, s. 678 vd.

Yalnızca belge hukuki sonuç doğuramaz hale getirilir²²⁸.

İnceleme konusu karardaki *ikinci husus* senedin yağması suçunun gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Karara konu olayda failler, suça konu üç dükkanın kendilerine satılacağı yönünde (D)'nin söz verdiğini ileri sürerek, bu sözün yerine getirilmesini talep etmektedirler. Yani fiili olarak kullanmaya başladıkları dükkanların satışlarının kendilerine tapu sicilinde devrini istemektedirler. Bunun gerçekleşmesini sağlamak için de tehdit içerikli sözler sarf etmişler ve mağdurun aracına da zarar vermişlerdir.

Burada yukarıdaki başlıkta yaptığımız senedin yağması suçunun konusuna ilişkin açıklamalar dikkate alınmalıdır. Kanaatimizce Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun vardığı nihai sonuç isabetli olmakla beraber; yanlış anlaşılmalara mahal verilmemesi için taşınmaz devrinin yapılmasının söz konusu olduğu bu gibi olaylarda suçun konusunun taşınmazın mülkiyetini geçiren ve taşınır mal niteliğinde olan “*tapu senedinin olduğu*”ndan değil; taşınmaz satış sözleşmesinin olduğundan bahsedilmelidir. Çünkü senedin yağması suçuna konu “senet”te aranan özellikleri taşıyan belge tapu senedi değil; tapuda resmi şekilde yapılan ve hukuken “**resmi senet**” olarak adlandırılan sözleşmedir²²⁹. Tapu senedi bu sözleşme neticesinde verilen ve ilgili taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkını haiz olan kişinin bu hak sahipliğini gösterir nitelikte bir belgedir. Karara konu olayda YCGK, senedin yağmasına teşebbüsün bulunduğunu kabul etmiş olup çalışmada açıkladığımız görüşler çerçevesinde biz de buna katılmaktayız.

Yağma suçu niteliği gereği cebir (TCK m. 108) veya tehdit (TCK m. 106) ile hırsızlık (TCK m. 141) suçlarının bir araya gelmesiyle oluşan bileşik bir suçtur (TCK m. 42). Bu nedenle fail, yağma suçunun unsuru olan bu suçlardan sorumlu olmayıp; sadece yağmadan dolayı cezalandırılır²³⁰. TCK m. 43/3 uyarınca yağma suçunda zincirleme suç hükümleri uygulanmaz. Dolayısıyla bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda aynı kişiye karşı birden fazla yağma suçu işlense bile, fail her birinden ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Pek tabii ki zincirleme suçtan bahsedilebilmesi için

²²⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 875.

²²⁹ Resmi senet örneği Tapu Müdürlüklerince Düzenlenen Resmî Senetlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in eklerinde yer almaktadır. Senet örneğine erişmek için verilen linkte açılan sayfadaki “Ekler için tıklayınız.” yazısına tıklayınız. <https://www.mevzuat.gov.tr/anasayfa/MevzuatFihristDetayIframe?MevzuatTur=7&MevzuatNo=13535&MevzuatTertip=5> Erişim Tarihi: 09.11.2022.

²³⁰ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 786; Yıldız, s. 112.

ortada birden çok yağma suçu olmalıdır. Suç tek ise zincirleme suçtan da bahsedilemez²³¹. Karara konu olayda üç ayrı dükkanın yani taşınmazın tapuda devrinin yapılma talebini kapsayacak şekilde tehditde bulunulmuştur. Failin tehdit teşkil eden fiilini tapuda devri dahi yapılmamış taşınmazların sayısı kadar olduğunu kabul etmek isabetli değildir. Dolayısıyla faillerin tek bir senedin yağması suçuna teşebbüsten dolayı ceza sorumluluğuna gidilmesi gerekir.

Kararda (D)'yi tehdit etmek amacıyla arabasının tavanına tuğla atılmış olması; "Biz bu dükkanları boşaltmıyoruz, bu dükkanların bize satılacağı yönünde (D) bize söz vermiştir, bu söz yerine getirilecek aksi takdirde biz buraları almasını biliriz." ifadesiyle birlikte değerlendirildiğinde malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratabilecek nitelikte bir tehdit olarak kabul edilmelidir. Tehdit amacıyla (D)'ye ait arabaya zarar verilmiş olması faillerin mala zarar verme suçundan (TCK m. 151) dolayı da ceza sorumluluğuna gidilmesini gerektirir. Mala zarar verme suçu TCK m. 149/2'de kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri gibi ayrıca düzenlenmemiştir. Dolayısıyla bu suçun yağma sırasında işlenmesi halinde, mala zarar verme yağma suçunun içinde erimedığı için fail gerçek içtima hükümleri uyarınca her iki suçtan dolayı ayrı ayrı cezalandırılacaktır²³². Bu bilgilerden hareketle (D)'nin arabasına tuğla atarak zarar verilmesinde, yağma ve mala zarar verme suçları arasında gerçek içtima söz konusudur. Ancak kararda bu hususa ilişkin bir değerlendirmenin yapılmadığı görülmektedir.

Olayda yağma suçunun failleri (A), (B) ve (E)'dir. Her ne kadar (A)'nın yönlendirmesiyle (B) ve (E) yağma suçunun unsuru olan tehdit niteliğindeki fiilleri işlemişlerse de her biri fiil üzerinde fonksiyonel katkıda bulunmuş; bir kül halinde yağma suçunu oluşturan fiilleri işbölümü çerçevesinde işlemişlerdir (TCK m. 37/1). Yağma suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte, yani müşterek faillik ilişkisi içinde işlenmesi TCK m. 149/1-c hükmünde nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Suçun mağduru ise (D)'dir. Zira yağma suçun mağduru cebir kullanılarak veya tehdit edilerek kanunda sayılan fiilleri gerçekleştirmeye mecbur kılınan kişidir. Diğer bir ifadeyle bu suçun mağduru, irade özgürlüğü zorlanan kişidir²³³.

İnceleme konusu karar, mercilerce hakkı olmayan yere tecavüz suçu (TCK

²³¹ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 787; Yıldız, s. 113; Centel/Zafer/Çakmut, s. 418.

²³² Ünal, s. 253.

²³³ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 746.

m. 154) kapsamında bir değerlendirmeye tabi tutulmamıştır. Kanaatimizce bu durum bir eksiklik teşkil etmektedir.

Olayda *tapu sicilindeki hak sahipliğine dayanan zilyetlik-fiili zilyetlik* ayrımı çerçevesinde değerlendirildiğinde dükkanlar üzerindeki zilyetliğin *fiili zilyetlik* olduğu açıktır. Zira suça konu dükkanların tapuda devri henüz yapılmamıştır.

Karara konu olayda (A), üç dükkanın X şirketinin ortağı (D)'nin kendine satışı için söz verdiğini iddia etmektedir. Ancak (D), önceden satışı yapılan dükkanların parası ödenmediği için buna yanaşmamaktadır. Burada (A), (B) ve (E)'nin işgal ettikleri dükkanlardaki zilyetliğinin bir hakka dayanıp dayanmadığı bir sorundur. Yapılacak değerlendirmede 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyedliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun hükümleri gereğince kaymakamlığın yaptığı inceleme sonucunda verilen kararda geçen ifadeleri göz önünde bulundurmak gerekir. Kararda, “...*ihtilaf konusu iş yerinin alım satımı için karşılıklı görüşmeler yapıldığı, akabinde (A) 'nın kasım ayından itibaren tadilat işlerine başladığı ve üç adet iş yeri arasındaki bölme duvarlarının yıkımını gerçekleştirdiği, X A.Ş. 'nin, ihtilaf konusu iş yerlerinin bulunduğu alışveriş merkezinin 2. katında iş yerlerinin bulunduğu, şirket yetkililerinin burada yapılan tadilatlar ve çalışmalardan başlanıldığı anda haberdar olabilecekleri*” belirtilmiştir. Görüldüğü üzere (D) her ne kadar bu dükkanları satmak istemediği iddiasında ise de (A), (B) ve (E)'nin zilyetliğini, zamanında başvuru yapmaması nedeniyle örtülü şekilde kabul etmiş olduğu açıktır²³⁴. Öte yandan (D)'nin gecikmiş de olsa 3091 sayılı Kanununun 21. maddesi uyarınca yaptığı başvuru, (A), (B) ve (E)'nin taşınmazlar üzerindeki zilyetliğine artık rızası bulunmadığını göstermektedir.

(D)'nin zilyetlik bakımından artık rızasının olmadığını açığa kavuşmasından sonra taşınmazların boşaltılmaması halinde TCK m. 154/1'deki hakkı olmayan yere tecavüz suçunun oluşacağı açıktır. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere bu suç şikayete tabidir. TCK m. 73/1 ve 2 uyarınca, “*Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olan suç hakkında yetkili kimse altı ay içinde şikayette bulunmadığı takdirde soruşturma ve kovuşturma yapılamaz. Zamanaşımı süresini geçmemek koşuluyla bu süre, şikayet hakkı olan kişinin fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği günden başlar.*”

²³⁴ İlgilinin rızası hukuka uygunluk nedeninde (TCK m. 26/2) aranan şartlardan biri “ilgilinin rıza beyanında bulunmuş olması”dır. Rıza beyanı açık ya da örtülü; yazılı yahut sözlü olabilir. Önemli olan mutlaka suçtan önce ya da suçun icra hareketleri esnasında rıza açıklamasının bulunmasıdır. Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 297.

Karara konu olay bağlamında şikayet için öngörülen hak düşürücü süre geçmiş olacağından artık hakkı olmayan yere tecavüz suçundan dolayı kamu davasının açılması mümkün değildir. Ancak bu husus özel hukuk bağlamında bir uyuşmazlığa konu edilebilir.

Hakkı olmayan yere tecavüz suçu için öngörülen şikayet şartının sağlandığı ihtimalinde faillerin hem TCK m. 148/2'ye teşebbüsten hem de m. 154/1'den dolayı cezai sorumluluğuna gidilmesi gerekir. Çünkü burada suçların konuları farklı olup; birinde taşınmazın tapuda devrini sağlayan resmi senet, diğerinde taşınmazın kendisi suçun konusunu teşkil eder. Keza burada tek fiil de bulunmamaktadır.

KAYNAKÇA

- Altınay H, Yağma Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Antalya Bilim Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2020.
- Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt 1 (Kanunlar), 30. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Antalya O G/Topuz M, Marmara Hukuk Yorumu-Eşya Hukuku, Cilt: IV/1, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Arslan R/Yılmaz E/Taşpınar Ayvaz S/Hanağası E, Medenî Usul Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Hukuk Yayınları, 2021.
- Arslanbaş A, Yağma Suçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009.
- Arslantürk M, İcrasından İnfazına Bütün Yönleriyle Yağma Suçu, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021.
- Artuk M E/Gökçen, A/Alşahin, M. E/Çakır, K, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 20. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022.
- Atalı M/Ermenek İ/Erdoğan E, Medenî Usûl Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022.
- Ayan M, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Ayan M, Eşya Hukuku I Zilyetlik ve Tapu Sicili, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Balcı F/Öztürk, S, Hırsızlık Karşılıksız Yararlanma (Kaçak Elektrik, Su ve Doğalgaz Kullanımı) ve Yağma Suçları, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020.
- Boyracı A, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Düzenlenen Senedin Yağması Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.
- Bölek F, Hakkı Olmayan Yere Tecavüz Suçu (TCK m. 154), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.
- Cansel E/Özel Ç, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

- Centel N/Zafer H/Çakmut Ö, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt 1, 4. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2017.
- Demiş M, *Yağma Suçu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2014.
- Demirtaş S, “Hakkı Olmayan Yere Tecavüz Suçu (TCK m. 154)”, Ceza Hukuku Dergisi, 2018, 13(36), 69-99.
- Dönmezer S, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2001.
- Dursun S, “Malvarlığına karşı suçlar”, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sonbahar 2004, (2), 190-196 <http://www.selmandursun.com/wp-content/uploads/sdursun-malvarligina-karsi-suclar.pdf> Erişim Tarihi: 06.11.2022.
- Eker H, Açıklamalı-İçtihatlı Yağma Suçları, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2014.
- Ekinci M/Esen S, Anlatımlı ve Gerekçeli Yeni Türk Ceza Kanununda Yer Alan Hırsızlık, Yağma, Güveni Kötüye Kullanma, Dolandırıcılık, Hileli İflas, Karşılıksız Yararlanma, Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2005.
- Erem F/Toroslu N, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Basım, Savaş Yayınları, 1983.
- Erkan Kılıç G, Yağma Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019.
- Gökcan H T/Artuç M, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi, 4. Cilt, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021.
- Günay E, Tapu İptal ve Tescil Davaları, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- İçel K, “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Güz 2008, Yıl: 7, (14), 35-49.
- Kayar, İ 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018
- Kayar İ, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Kaylan K, “Yargıtay Kararları Işığında Yağma Suçları”, Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran 2013, (1), 39-49.
- Koca M, Yağma Cürümleri, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2003.

- Koca M, “5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Malvarlığına karşı işlenen suçlar”, Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri Hakemli Dergi, 2005, (5), 67-92.
- Koca M, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Yağma Suçu”, Legal Hukuk Dergisi, Ağustos 2005, 2799-2817.
- Koca M/Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Koca M/Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022.
- Korkmaz E Ş, Türk Ceza Hukukunda Yağma Suçu, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Kuzudişli M, Yağma Suçu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012.
- Meran N, Hırsızlık, Yağma, Karşılıksız Yararlanma ve Malvarlığına Karşı Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Nomer H N/Engin B İ, Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri Cilt I: Satış Sözleşmesi, 6. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Oğuzman M K/Seliçi Ö/Oktay-Özdemir S, Eşya Hukuku, 15. Bası, Filiz Kitabevi, 2012.
- Özbek V Ö/Doğan K/Bacaksız P, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,18. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Pekcanitez H/Özekes M/Akkan M/ Taş Korkmaz H, Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Sahillioğlu Baklacı S, Yağma Suçu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020.
- Sarıtaş E, “Cezalandırılmayan Önceki Hareketler”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 2022, 80(2), 615-654.
- Savcı E, Yağma Suçu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.
- Selçuk S, Dolandırıcılık Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı ve Çeklerle İlgili Suçlar, Kadioğlu Matbaası, 1986.

- Semiz M, Mal Varlığına Karşı Suçlar ve Cezalandırma-Yargılama Hüküm Kurma Esasları, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022.
- Soyaslan D, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Yetkin Yayınları 2016.
- Sınar H, “Hakkı Olmayan Yere Tecavüz”, in Özel Ceza Hukuku Malvarlığına Karşı Suçlar, Cilt IV, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2018, 179-194.
- Şare E, “Bileşik Suç Niteliğindeki Yağma Düzenlemesinin Suçta Kanunilik İlkesi Yönünden Değerlendirilmesi”, ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021, 3(2), 613-674.
- Şen E, “Yağma ve Hırsızlık Suçlarında Fiili Hâkimiyet”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, 8 (109-110), 123-129.
- Şenerdoğan B, Yağma Suçu (TCK m. 148-150), Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017.
- Şenerdoğan B, “Yağma Suçu (m. 148-150)”, in Malvarlığına Karşı Suçlar (m. 141-169), Adalet Yayınevi, 2018, 69-134.
- Şenol A N, “Taşınmaz Satış ve Satış Vaadi Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği ve Uygulama Çerçevesinde Taşınmaz Satış Sözleşmelerinin Noterler Tarafından Yapılıp Yapılamayacağı Üzerine Bir Değerlendirme”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, 8(2), 357-376.
- Taneri G, Hırsızlık ve Hırsızlık Suçlarında İspat ve Sübut, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, 2015.
- Taneri G/Kamışlı G, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Taş B, “Senedin Yağması Suçu”, NKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021, (1), 231-264.
- Taşkın A, “Yağma Suçunda Cebir ve Tehdit”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, 2007, (12), <https://proxy.hacbayram.edu.tr:2089/belge/yagma-sucunda-cebr-ve-tehdit/826356/yagma+suçu> Erişim Tarihi: 17.10.2022.
- Taşkın A, “Yağma Suçunda Mal Kavramı”, Terazi Hukuk Dergisi, Nisan 2008, (20), 95-101.
- TDK Güncel Türkçe Sözlük <https://sozluk.gov.tr/> Erişim Tarihi: 13.10.2022.
- Tezcan D/Erdem M R/Önok R M, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Toroslu N, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Tıpkı

- Bası, Savaş Yayınevi, 2019.
- Turabi S, Mala Zarar Verme Suçları, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2008.
- Uçak T, Yargısal İçtihatlar Işığında Alacağın Tahsili Amacıyla İşlenen Yağma Suçu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2022.
- Ünal M H, Yargıtay ve İstinaf (BAM) Kararları Işığında Yağma Suçu ve Benzer Suçlarla Karşılaştırılması, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021.
- Yelkenci K N, “Malvarlığına Karşı Suçlar”, Türk Ceza Kanununun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları: 10, İstanbul, 2008, 365-381.
- Yıldız A K, “Yağma” in Özel Ceza Hukuku Malvarlığına Karşı Suçlar, Cilt IV, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2018, 75-114.
- Yurtcan E, “Malvarlığına Karşı Suçlar”, Türk Ceza Kanununun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları: 10, İstanbul, 2008, 345-364.

KARARLAR

- Yargıtay 1. CD, 2011/3829 E., 2011/5567 K., 28.09.2011.
- Yargıtay 4. CD, 2014/45945 E., 2015/27733 K., 24.04.2015.
- Yargıtay 4. CD, 2015/27957 E., 2016/956 K., 21.01.2016.
- Yargıtay 5. CD, 2014/8343 E., 2017/2495 K., 05.06.2017.
- Yargıtay 6. CD, 2011/23997 E., 2012/6081 K., 28.03.2012.
- Yargıtay 6. CD, 2015/245 E., 2015/41181 K., 03.06.2015.
- Yargıtay 6. CD, 2013/25694 E., 2016/1854 K., 16.03.2016.
- Yargıtay 6. CD, 2017/2335 E., 2017/3101 K., 21.09.2017.
- Yargıtay 6. CD, 2014/4242 E., 2017/5399 K., 29.11.2017.
- Yargıtay 6. CD, 2017/1273 E., 2019/6203 K., 12.12.2019.
- Yargıtay 6. CD, 2020/1629 E., 2021/1421 K., 02.02.2021.
- Yargıtay CGK, 2017/655 E., 2018/56 K., 20.02.2018.

**YARGITAY UYGULAMASI İŞİĞİNDA GÖREVİ İHMAL SUÇUNDA
ZİNCİRLEME SUÇ HÜKÜMLERİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ
SORUNU (YCGK, 2018/445 E., 2021/12 K., 28.01.2021)**

*The Question Of The Applicability Of The Provisions Of The Successive
Offence In The Offence Of Misuse Of Public Duty In The Light Of The
Court Of Cassation Practice
YCGK, 2018/445 E., 2021/12 K., 28.01.2021*

Mehmet Nuri TEKE*

Özet

Ceza muhakemesi sürecinin temel amacı, maddi gerçeği ortaya çıkarmaktır. Suç şüphesinin yetkili makamlara intikali ile başlayan soruşturma evresi, delillerin toplanması sürecini kapsamında barındırdığından maddi gerçeğin ortaya çıkarılması hususu açısından ciddi önem arz etmektedir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcılarını ön plana alacak şekilde hükümler barındırmaktadır. Cumhuriyet savcılarının ceza muhakemesi sürecinin mümkün olduğunca sağlıklı ilerlemesi açısından görevlerini özenle yerine getirmeleri ciddi önem arz etmektedir.

Bu çalışmada; kendisine görevi gereğince tevdi edilen soruşturma dosyalarının ciddi bir kısmında makul sürede işlem yapmamak şeklinde ihmali davranışlar gerçekleştiren bir Cumhuriyet savcısının bahsi geçen ihmali davranışlarının 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 257'nci maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu tartışılmıştır. Buna ek olarak bahsi geçen suçun oluştuğunun kabulü halinde, söz konusu ihmali davranışların zincirleme suç kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu bir diğer tartışma hususu olarak çalışmada yer almıştır.

Anahtar Kelimeler: *C. savcısının görevleri, Görevi ihmal, Kişilerin mağduriyetine sebebiyet verme, Zincirleme suç*

Abstract

The main purpose of the criminal procedure is to reveal the truth. The investigation phase, which begins as soon as the public prosecutor is informed of a fact that causes an impression that a crime may have been committed, either through a report of

* Araştırma Görevlisi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı, Ankara, Türkiye, e-posta: mehmetnrk@gmail.com
ORCID: 0000-0002-4694-8716

crime or any other way, is of serious importance in terms of revealing the truth, since it includes the process of collecting evidence.

The Code of Criminal Procedure no. 5271 contains provisions that put the focus on public prosecutors during the investigation phase. It is of great importance for the public prosecutors, to fulfill their duties diligently in order for the criminal proceedings can run as smoothly as possible.

In this study, it has been discussed whether the aforementioned omission acts of a public prosecutor, who acts negligently in the form of not taking action in a reasonable time in a serious part of the files that should be investigated in accordance with his duty, can be considered within the scope of misuse of public duty regulated in Article 257 of the Turkish Penal Code No. 5237. In addition, if it is accepted that the aforementioned crime has occurred, whether the negligent acts in question can be considered within the scope of a successive offences has been included in the study as another matter of discussion.

Keywords: *Duties of public prosecutor, Misuse of public duty, Causing any loss to an individual, successive offence*

I. OLAY

İstanbul Anadolu Cumhuriyet Başsavcılığı genel soruşturma bürosunda görev yapan Cumhuriyet Savcısı S, uhdesinde bulunan yaklaşık dokuz yüz elli soruşturma evrakının yarısına tekabül edecek şekilde dört yüz altmış soruşturma evrakında makul sürede işlem yapmaz ve gecikmeye sebebiyet verir. Bunun üzerine Hakimler ve Savcılar Kurulu Üçüncü Dairesi, S hakkında 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 82. maddesi uyarınca soruşturma izni verilmesi hususunda Kurul Başkanı'na 21.06.2016 tarihinde teklifte bulunur. Kurul Başkanı, 28.07.2016 tarihinde soruşturma izni verir. Sürdürülen soruşturma neticesinde Hâkim ve Savcılar Kurulu İkinci Dairesi, soruşturma izni verilmesine konu olan iddialar ile ilgili kovuşturma yapılmasını gerekli görür ve 20.02.2017 tarihinde S hakkında kovuşturma izni verir¹.

II. ÇÖZÜMLENMESİ GEREKEN HUKUKİ MESELELER

1-) S'nin üzerinde işlem tesis etmediği soruşturma dosyalarındaki suçlardan dolayı mağdur olan kimselerin yasal haklarını elde etmelerinin gecikmesi ve soruşturmaların olağan sürede sonuçlanmaması nedeniyle şüphelilerin hukuksal durumunun askıda kalıp bir an önce aklanmaları olanağının önüne geçilmesi şeklinde ortaya çıkan durumlar, görevi kötüye

¹ YCGK, 2018/445 E., 2021/12 K., 28.01.2021

kullanma suçunun kanuni düzenlemesinde yer alan ‘‘kişilerin mağduriyetine sebebiyet verme’’ ifadesinin bir görünüm şekli olarak nitelendirilebilir mi?

2-) İhmali suçlarda zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi mümkün müdür?

III. MERCİLERİN ÇÖZÜM ŞEKİLLERİ

Yargıtay 5. Ceza Dairesi ilk derece mahkemesi olarak gerçekleştirdiği yargılama sonucunda 11.07.2018 tarihinde S hakkında; zincirleme biçimde ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçundan dolayı 1860 TL adli para cezasına hükmetmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu temyiz makamı olarak gerçekleştirdiği yargılama sonucunda 28.01.2021 tarihinde S hakkında; iş bölümü gereği kendisine tevdi edilen soruşturma evraklarının akıbetini takip etmediği, bahsi geçen dosyalarla alakalı gerekli işlemleri olanaklı olan en kısa sürede sonuçlandırmadığı, bu işlemler sırasında kalem personelini denetlemekle görevli ve yükümlü olduğu halde görevini mevzuatın öngördüğü şekilde yerine getirmede, hakkındaki iddialara karşı personel yetersizliği, trafik kazası geçirmesi ve boşanması gibi mazeretlere dayalı savunmasının ise aynı büroda görev yapan diğer Cumhuriyet savcılarının uhdelerinde bulunan ortalama dosya sayısının S’ye oranla çok daha az olduğu dikkate alındığında makul olarak değerlendirilmeyeceği, bu eylemleri sonucunda söz konusu soruşturma dosyalarındaki suçlardan dolayı mağdur olan kimselerin yasal haklarını elde etmelerini geciktirdiği ve soruşturmanın olağan sürede sonuçlanmaması nedeniyle şüphelilerin hukuksal durumunu askıda tutarak bir an önce aklanmaları olanağının önüne geçtiği gerekçeleriyle kişilerin mağduriyetine yol açtığına kanaat getirerek S hakkında ilk derece mahkemesinin verdiği mahkumiyet kararını oy çokluğu ile onamıştır.

Karara katılmayan bir üye; İstanbul adliyeleri yargı çevresinde savcılığa intikal eden işlerin çok yoğun olması, Cumhuriyet savcılarının personel yetersizliği nedeniyle uzun süre tek katip işe birlikte çalışmaları, S’nin katibin yapacağı işlemlerle ilgili katibe not yazarak dosya evraklarına eklemesine rağmen ara kararların zamanında yerine getirilmediği, bunların yanında S’nin trafik kazası geçirip bir süre işten uzak kaldığı hususlarının tamamı göz önüne alındığında S’nin bahsi geçen suçu kasten işlemiş olduğunun kabul edilemez olduğunu, görevi kötüye kullanma suçunun taksirle işlenemeyeceği, S’nin eylemlerinin ceza hukuku yaptırımı yerine disiplin yaptırımına tabi tutulması gerekçeleriyle karşı oy kullanmıştır.

Karara katılmayan bir diğer üye; yukarıda görüş belirten üyeye ek olarak ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçunun mütemadi suç niteliğinde olduğu bu nedenle S'nin bahsi geçen suçu zincirleme biçimde işleyemeyeceği görüşüyle karşı oy kullanmıştır.

IV. HUKUKİ DEĞERLENDİRME VE GÖRÜŞÜMÜZ

1-) Yukarıda yer verilen hukuki sorunun isabetli bir şekilde değerlendirilmesi için öncelikle incelenmesi gereken husus, Cumhuriyet savcılarının görev tanımlarıdır.

A. Yasal Düzenlemeler Işığında Cumhuriyet Savcılarının Görevleri

Ceza muhakemesi sürecinde soruşturma evresi ciddi önem arz etmektedir. Zira bu evrede, ortaya çıkan suç şüphesinin en isabetli şekilde aydınlatılması amacıyla deliller araştırılmakta ve elde edilmeye çalışılmaktadır. Hedefi suç şüphesi ile ilgili elde edilebilecek tüm delillere ulaşmak olan soruşturma evresinin mümkün olan en süratli şekilde tamamlanması gerekmektedir. Mümkün olan en süratli şekilde ifadesiyle işaret edilen husus makul süredir². Bu durumun gereği olarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, muhakeme sürecinde soruşturma evresine ağırlık verilmiş şekilde düzenlenmiştir. Kanun savcılık makamını merkeze alarak düzenlenmiştir ve soruşturma evresinin sevk ve idaresi savcılık makamına bırakılmıştır³.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 160'ıncı maddesi "*Cumhuriyet Savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenir öğrenmez kamu davası açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar. Cumhuriyet Savcısı, maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür*"⁴ şeklindeki hükümlerle savcılık makamının görevini düzenlemektedir. 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun (Teşkilat Kanunu)'un 20'nci maddesi "*Cumhuriyet savcısının görevleri şunlardır:*

² Batuhan Hoşgöl, Etkin Soruşturma Yükümlülüğü, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.30.

³ Cumhuriyet Şahin/Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13.Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.118-119.

⁴ <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.5271.pdf> Erişim Tarihi: 30.09.2022.

1. Adli göreve ilişkin işlemleri yapmak, duruşmalara katılmak ve kanun yollarına başvurmak,

2. Cumhuriyet başsavcısı tarafından verilen adli ve idari görevleri yerine getirmek,

3. Gerektiğinde Cumhuriyet başsavcısına vekalet etmek,

4. Kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak.⁵” şeklindeki hükümlerle savcılık makamının görevlerini daha da net şekilde açıklamıştır.

Yukarıda yer verilen hukuki sorunun sağlıklı değerlendirilmesi için incelenmesi gereken bir diğer husus, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenen görevi kötüye kullanma suçudur.

B. Görevi Kötüye Kullanma Suçu

Görevi kötüye kullanma suçu, Türk Ceza Kanunu 257’nci maddesinde “ (1) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) **Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmaktan ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır**” şeklinde düzenlenmiştir. Kanuni düzenlemeye bakıldığında, görevi kötüye kullanma suçu serbest hareketli bir suçtur. Maddenin ilk fıkrasında suçun icrai davranışla, ikinci fıkrasında ise suçun ihmali davranışla işlenebilen hali düzenlenmiştir⁷. Öğretideki bir görüşe göre, maddenin ikinci fıkrasında yer alan suçun ihmali davranışla işlenen hali daha az cezayı gerektiren nitelikli hal olarak kanunda yer almaktadır⁸. Öğretideki bir diğer görüşe göre, maddenin ikinci fıkrasında yer alan suçun ihmali davranışla işlenen şekli nitelikli hal olarak değil ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmiştir⁹.

⁵ <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5235.pdf> Erişim Tarihi: 30.09.2022.

⁶ <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5237&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> Erişim Tarihi: 30.09.2022.

⁷ İzzet Özgenç, İrtikap, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, 2.Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s.162.

⁸ Özgenç, İrtikap, s.163.

⁹ Mahmut Koca/İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8.Bası, Adalet Yayınevi,

Kanuni düzenlemede yer alan “görevinin gereklerine aykırı hareket etmek” ifadesinden anlaşılması gereken husus, kamu görevlisine bu görevi dolayısıyla tanınmış olan yetkinin kötüye kullanılmasıdır¹⁰. Dolayısıyla ilgili kamu görevlisinin kendi görev alanı kapsamında bulunmayan bir husus nedeniyle gerçekleştirdiği işlemler; kanuni düzenlemede yer alan kişilerin mağduriyetine sebebiyet verme, kamu zararına sebebiyet verme veya kişilere haksız bir menfaat sağlama gibi sonuçlara sebep olsa dahi görevi kötüye kullanma suçunun oluştuğu söylenemez. Böyle bir durumda bir başka suçun oluştuğu ihtimaller karşımıza çıkabilir¹¹.

Kanuni düzenlemede yer alan “**kişilerin mağduriyetine neden olma**”, “**kamu zararına sebebiyet verme**” ve “**kişilere haksız bir menfaat sağlama**” ifadelerinin hukuki niteliğinin ne olduğu ve bu ibarelerden ne anlaşılması gerektiği öğretilmelidir.

Öğretilerde yer alan bir görüşe göre, bahsi geçen ifadeler suçun maddi unsurlarından biri olan **netice** olarak kabul edilmektedir. Bu görüşe göre, görevi kötüye kullanma suçu bir zarar suçu niteliğindedir. Dolayısıyla, suçun oluşumu açısından kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırılık teşkil eden eylemleri suçun tamamlanması bakımından yeterli olmayacaktır. Bahsedilen netice oluşmadığı takdirde teşebbüs hükümlerinin uygulanması gündeme gelebilecektir¹². Öğretilerde yer alan bir diğer görüşe göre, bahsi geçen ifadeler failin cezalandırılabilmesi için gerçekleşmesi zorunluluk teşkil eden **objektif cezalandırılabilme şartı** olarak kabul edilmektedir¹³. Görevi kötüye kullanma suçunun kanuni düzenlemesinde 8.12.2010 tarihli ve 6086 sayılı Kanunla yapılan değişikliğe ilişkin teklifin gerekçesinde: “*Türk Ceza Kanunu'nun 257'nci maddesinde düzenlenmiş olan görevi kötüye kullanma suçu ile mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 228, 230 ve 240'ıncı maddelerinde düzenlenen suçlar tek bir madde altında toplanmıştır. Mevcut*

Ankara, 2022, s.1110; Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Mehmet Emin Alşahin/Kerim Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18.Bası, Adalet Yayınları, Ankara, 2019, s.1083; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16.Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.1124; Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 19.Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.1224.

¹⁰ Özgenç, İrtikap, s.161.

¹¹ Özgenç, İrtikap, s.162.

¹² Tezcan/Erdem/Önok, s.1234; Özbek/Doğan/Bacaksız, s.1121; Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10.Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s.697.

¹³ Özgenç, İrtikap, s.170, Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.1114; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.1085.

düzenlemede görevi kötüye kullanma suçu, genel ve tamamlayıcı bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle, görevin gereklerine aykırı davranışın başka bir suçu oluşturmadığı hallerde söz konusu suç olacaktır. Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki düzenlemelerden farklı olarak, bu suçun oluşabilmesi için, objektif cezalandırılabilme şartı olarak, görevin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olunması ya da kişilere haksız menfaat sağlanması gerekmektedir.” şeklinde ifadeler yer verilerek bahsi geçen ifadelerin objektif cezalandırılabilme şartı olduğu ortaya koyulmuştur¹⁴. Bu ihtimalde, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırılık teşkil eden eylemleri suçun tamamlanması bakımından yeterli olsa dahi, objektif cezalandırılabilme şartlarının yokluğu durumunda faile ceza verilmeyecektir. Suçun icra hareketlerinin teşebbüs aşamasında kaldığı ihtimalinde, teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için bahsi geçen objektif cezalandırılabilme şartlarının gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Kanaatimce, bahsi geçen ifadeler objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilmelidir. Bahsi geçen ifadelerin suçun netice unsuru olarak kabul edildiği ihtimalde, kişilerin mağduriyetine sebebiyet verilmediği, kamu zararına sebebiyet verilmediği veya kişilere haksız menfaat sağlanmadığı durumların varlığında dahi teşebbüs hükümlerinin uygulama alanı bulabileceği dikkate alındığında, cezalandırma kapsamının orantısız bir şekilde genişleme ihtimali gündeme gelecektir.

Suçun kanuni tanımında yer alan “**kişilerin mağduriyetine neden olma**” ifadesinden anlaşılması gereken husus, madde gerekçesinde açıklanmıştır. Buna göre “**Görevin gereklerine aykırı davranışın, kişinin mağduriyetine neden olması gerekir. Bu mağduriyet, sadece ekonomik bakımdan uğranılan zararı ifade etmez. Mağduriyet kavramı, zarar kavramından daha geniş bir anlama sahiptir. Örneğin kişi, tabii tutulduğu sınavda başarılı olmasına rağmen, başarısız gösterilmiş olabilir. Bir imar planı uygulamasında, belli bir parsel, sahibine duyulan husumet dolayısıyla, plan tekniğine aykırı olarak, yeşil alan olarak gösterilmiş olabilir. Kişinin, kamusal bir finans kaynağından yararlanması için gerekli şartları taşıdığı halde, yararlanması engellenmiş olabilir. Kişinin, belli bir sınai veya ticari faaliyetle ilgili olarak gerekli izin koşullarını taşıdığı halde, bu faaliyeti engellenmiş olabilir. Haklı olan işin görülmesinden sonra kişilerden yarar sağlanması da görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur. Çünkü, bu yarar, kamu görevlisi sıfatını taşıması ve işi görmüş olması dolayısıyla kişiye sağlanmaktadır. Bu gibi durumlarda,**

¹⁴ Özgenç, İrtikap, s.170.

kişiler hakkının teslim edilmesi konusunda en azından bir kaygıyla hareket etmektedirler. Kamu görevlisine yarar sağlanması görünüşte rızaya dayalı olsa bile; kamusal görevlerin eşitlik ve liyakat esasına göre yürütüldüğü hususunda taşınan kaygı dolayısıyla, burada da bir mağduriyetin varlığını kabul etmek gerekir¹⁵.” şeklindeki açıklamalar bu ibareden ne anlaşılması gerektiğini ortaya koymaktadır.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında somut olaya bakıldığında; S'nin kendisine görevi dolayısıyla tevdi edilen soruşturma dosyalarını sürüncemede bırakması şeklinde gerçekleşen ihmali davranışlarının, S'nin görevi ihmal suçundan cezai sorumluluğu cihetine gidilecek nitelikte olduğu görülmektedir. Zira yukarıda da açıklandığı üzere soruşturma evresi Cumhuriyet savcısının sevk ve idaresine bırakılmış bir muhakeme sürecidir. Dolayısıyla soruşturma işlemlerini yürütmek Cumhuriyet savcılarının görev alanının merkezinde yer almaktadır. Bu görevin gerçekleştirilmesinde güdülen nihai amaç, suç şüphesinin aydınlatılmasıdır. Bu amaca yönelik işlemleri gerçekleştirmekte ihmalde bulunan bir kamu görevlisinin görevini kötüye kullandığı hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır.

Yukarıda da açıklandığı üzere S'nin bahsi geçen ihmali davranışları nedeniyle görevi ihmal suçundan cezai sorumluluğu cihetine gidilebilmesi için bu davranışlar sonucu kişilerin mağduriyete uğraması gerekmektedir. Kanaatimce olayımızda bu şart da gerçekleşmiş bulunmaktadır. Öncelikle yukarıda da açıklandığı üzere; bahsi geçen mağduriyetin ekonomik alanla sınırlı olarak anlaşılması gerekmektedir. Soruşturma dosyalarının sürüncemede bırakılması şeklinde gerçekleştirilen ihmali davranışlar, mağdur olan kimselerin yasal haklarını elde etmelerinin gecikmesi ve soruşturmaların olağan sürede sonuçlanmaması nedeniyle şüphelilerin hukuksal durumunun askıda kalıp bir an önce aklanmaları olanağının önüne geçilmesi şeklinde sonuçlar ortaya çıkarmıştır. Bu sonuçların kişilerin mağduriyetine sebebiyet verecek nitelikte olduğu açıktır. Dolayısıyla olayımızda “kişilerin mağduriyetine sebebiyet verme” şeklindeki objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmiştir. Tüm bu açıklamalar ışığında yargı mercilerinin S hakkında görevi ihmal suçundan cezai sorumluluğun oluştuğu yönündeki kararı isabetlidir.

Genel Kurul kararına S'nin bu davranışları kasten işlediğinin kabul edilemez olduğu yönünde görüş belirterek karşı oy kullanan üyenin ortaya

¹⁵ Özgenç, İrtikap, s.168-169.

koyduğu görüşe katılmadığımı belirtmek isterim. Zira; somut olaya bakıldığında S'nin birden çok kez kendisini denetleme yetkisine sahip HSK tarafından işlem yapılmayan dosya sayısının fazlalığı nedeniyle uyarıldığı hususu karşımıza çıkmaktadır. Sorunlu durumla alakalı farkındalığının mevcut olduğunu anladığımız S'nin, dosyaları sürüncemede bırakmak şeklinde devam eden ihmali davranışlarının kasten ortaya çıktığı anlaşılmaktadır.

2-) Yer verilen hukuki sorunun çözümü için öncelikle ihmali suç ve zincirleme suç kavramları ile ilgili birtakım açıklamalarda bulunmak gerekmektedir.

C. İhmali Suç Kavramı

Arapça kökenli bir kelime olan “İhmal” kavramı “*Gereken ilgiyi göstermeme, boşlama, savsaklama, savsama, önem vermeme*” anlamlarına gelir¹⁶.

İhmal, davranış normlarıyla ve dolayısıyla, hukuk kurallarıyla kişiye belli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün yükletildiği durumlarda, kişinin bahsi geçen yükümlülüğü yerine getirmemesi anlamına gelir¹⁷.

İhmali davranış, kaynağını davranış normlarından ve dolayısıyla hukuk kurallarından alır ve kişiye belli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün yüklendiği durumlarda bahsi geçen icrai davranışın yerine getirilmemesi olarak ortaya çıkar¹⁸. Davranış normunun ve ilgili hukuk kuralının korumayı amaçladığı hukuki yarar, belli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suretiyle, ihlal edilmektedir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi, yani ihmali; belli bir hukuki yararın ihlal edilmesi mahiyetini taşıyacak ve dolayısıyla, bir haksızlık teşkil edecektir¹⁹. Bahsi geçen haksızlıklar ihmali suç olarak adlandırılır. İhmali suçlar, kişinin kendisinden beklenen hareketi yapmaması, kendisine terettüp eden yükümlülüğü boşlaması veya savsaklaması şeklinde ortaya çıkan suç tipine verilen isimdir²⁰.

İhmali suçlar gerçek ihmali suçlar ve görünüşte ihmali suçlar olarak

¹⁶ Fatih Yurtlu, İhmali Suçlar, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s.46

¹⁷ İzzet Özgenç, “İhmali Suç Teorisi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021, 25(4), 303-378, s.305, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2062326> Erişim Tarihi 30.09.2022.

¹⁸ Özgenç, İhmali Suç Teorisi, s.305.

¹⁹ Özgenç, İhmali Suç Teorisi, s.305.

²⁰ Yurtlu, s.46

ikiye ayrılmaktadır. Gerçek ihmali suçlarda; kişinin belli bir yönde icrai davranışta bulunma yükümlülüğü mevcuttur ancak bu yükümlülüğün ihlali sonucunda ortaya çıkabilecek veya çıkan neticeyi önleme hususunda bir teminat yükümlülüğü söz konusu değildir. Bunun yanında bahsi geçen yükümlülük ihlali dolayısıyla herhangi bir neticenin gerçekleşmesine de gerek bulunmamaktadır²¹.

Görünüşte ihmali suçlarda ise **teminat yükümlülüğü** adı verilen hukuki yükümlülüğün bahsedilmesi gerekmektedir. Zira gerçek ihmali suçlar ile görünüşte ihmali suçlar arasındaki fark, teminat yükümlülüğünün var olup olmaması şeklindeki değerlendirme ile ortaya çıkmaktadır²². Kişinin koruma ve gözetim yükümlülüğü veya belirli bir konuya yönelik tehlikenin önlenmesi yükümlülüğü olarak açıklanan teminat yükümlülüğünün kaynağı kanun, sözleşme veya ön gelen tehlikeli fiil olabilmektedir²³. Bahsi geçen bu hukuki yükümlülüğün kasten yerine getirilmediği takdirde ortaya çıkan neticenin kişi bakımından ceza hukuku sorumluluğunu gündeme getirdiği durumda görünüşte ihmali suçlar karşımıza çıkmaktadır²⁴. Esasında görünüşte ihmali suç kapsamına giren suçlar icrai davranışla işlenebilmektedir. Ancak burada kişi belli bir neticenin gerçekleşmesini önlemek hususunda özel bir yükümlülük (teminat yükümlülüğü) altında bulunduğundan ötürü, söz konusu neticenin oluşumuna kendisi neden olmasa dahi, neticenin oluşumunu engellememiş olması halinde, esasında icrai davranışlarla işlenebilen bir suçta ihmali davranışla işlenmiş kabul edilmektedir²⁵. Teminat yükümlülüğünün varlığı, ihmaline sebebiyet veren ihmali davranış icrai davranış ile eşdeğer kılmaktadır²⁶. Esasında icrai davranışla işlenebilen bir suçun ihmali davranışla işlenebildiğinin kabulü için, kanunilik ilkesi gereğince bu yönde bir kanun hükmünün mevcudiyeti şarttır²⁷.

Bu açıklamalar ışığında somut olayda yer alan görevi ihmal suçuna bakıldığında, bahsi geçen suçun gerçek ihmali suç kategorisinde yer alan bir suç türü olduğunu görmekteyiz. Zira kanun koyucu, kamu görevlisinin belli

²¹ Özgenç, İhmali Suç Teorisi, s.308.

²² Özgenç, İhmali Suç Teorisi, s.311.

²³ Özgenç, İhmali Suç Teorisi, s.310.

²⁴ Özgenç, İhmali Suç Teorisi, s.308.

²⁵ Özgenç, İhmali Suç Teorisi, s.308.

²⁶ Özgenç, İhmali Suç Teorisi, s.311.

²⁷ Özgenç, İhmali Suç Teorisi, s.309.

bir yönde icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün söz konusu olduğu bir durumda kendisinden beklenen icrai davranışı hiç gerçekleştirmemesi veya gecikerek gerçekleştirmesi şeklinde meydana gelen ihmali davranışlarını suç tipi haline getirmiştir²⁸.

D. Zincirleme Suç Kavramı

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 43'üncü maddesi "*(1) Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak, bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır. (2) Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da birinci fıkra hükmü uygulanır. (3) Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz*"²⁹ şeklindedir.

Zincirleme suç hükümlerinin uygulama alanı bulabilmesi bakımından gerekli ilk şart her biri başlı başına suç oluşturan birden çok fiilin bulunmasıdır³⁰. İkinci şart, suç teşkil eden fiillerin her birinin aynı suçu oluşturması gerekmektedir. Aynı suç kavramından anlaşılması gereken kanun hükmünde açıklanmıştır. Buna göre "*bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır*"³¹. Üçüncü şart ise, birden çok kez işlenen aynı suçun aynı kişiye karşı işlenmesidir. Son şart ise, suçların aynı suç işleme kararı kapsamında gerçekleştirilmesidir³².

İhmali suçlarda zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilirliği sorunu üzerine öğretilerde çeşitli görüşler mevcuttur. Öğretilerdeki bir görüşe göre, zincirleme suç hükümleri hem icrai hem de ihmali davranışla işlenebilen suçlar bakımından uygulama alanı bulabilecektir³³. Bu görüşün en büyük

²⁸ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.1110.

²⁹ <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5237&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> Erişim Tarihi: 04.10.2022.

³⁰ Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15.Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.530.

³¹ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.534.

³² Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.538-539.

³³ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.532; Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Mehmet Emin Alşahin/Kerim Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15.Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s.809; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku

dayanağı, kanun koyucunun zincirleme suç hükümlerini düzenlediği maddede icrai-ihmalî suç ayırımına gitmemiş olmasıdır³⁴. Bununla birlikte, zincirleme suçun meydana gelebilmesi için gerekli olan aynı suçun aynı mağdura karşı bir suç işleme kararı kapsamında değişik zamanlarda birden çok kez işlenmesi hususlarının ihmalî davranışla işlenebilen suçlarda da gerçekleştirilmesi mümkündür³⁵. Örneğin, bir polis memurunun önceden aldığı karar sonucunda o hafta işlenecek hırsızlık suçlarına müdahale etmemesi şeklinde gerçekleştirdiği eylemler, ihmalî hareketle işlenen görevi kötüye kullanma suçunun zincirleme suç şeklinde işlenen şeklini karşımıza çıkarmaktadır³⁶. Öğretideki bir diğer görüşe göre, aynı suçun aynı mağdura karşı bir suç işleme kararı kapsamında değişik zamanlarda birden çok kez işlenmesi şeklinde karşımıza çıkan zincirleme suç hali sadece icrai davranışla gerçekleştirilen suçlarda gündeme gelebilmektedir³⁷. İhmalî suçlarda zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi ancak tek ihmalî suçla birden fazla kişinin mağdur olduğu aynı neviden fikri içtima hallerinde mümkündür³⁸.

Yer verilen görüşlerden ilkinde katılıyorum. Zira kanuni düzenlemeye bakıldığında zincirleme suçun mevcudiyet şartları bağlamında icrai bir hareketin arandığı hususu söz konusu değildir. Bunun yanında teorik olarak düşünüldüğünde, bir kişinin aynı suç işleme kararı kapsamında aynı mağdura karşı birden çok kez icrai davranış yükümlülüğünü kasten ihmal ederek suç işlemesi mümkündür.

Görevi kötüye kullanma suçunun ihmalî davranışla gerçekleştirilen

Genel Hükümler, 12.Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.556; Mustafa Özen, Suçların İçtimaı (Zincirleme Suç-Fikri İçtima- Bileşik Suç), Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Programı, Ankara, 2008, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> Erişim Tarihi 26.10.2022, s.255; Yurtlu, s.365; Nevzat Toroslu/Haluk Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, 26.Bası, Savaş Yayınevi, Ankara, 2021, s.369.

³⁴ Kayıhan İçel/Fusun Sokullu Akıncı/İzzet Özgenç/Adem Sözüer/Fatih Selami Mahmutoğlu/Yener Ünver, Suç Teorisi, 2.Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2000, s. 438.

³⁵ Berna Ayşen Yılmaz, Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi Suçu (TCK m.98), Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Programı, Ankara, 2019, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> Erişim Tarihi: 26.10.2022, s.128-129.

³⁶ Hakan Hakeri, İhmal Kavramı ve İhmalî Suçların Çeşitleri, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s.303.

³⁷ Mustafa Artuç, "Zincirleme Suç", Terazi Hukuk Dergisi, 3(28), 2008, 45-66, s.52.

³⁸ Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, Türk Ceza Kanunu, 2.Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s.1236.

şekli bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi hususunda öğretide çeşitli görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, görevi kötüye kullanma suçu kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar başlığı altında düzenlenmekle mağdurunun belli bir kişi olmadığı suçlar kategorisinde yer almaktadır. TCK'nın 43'üncü maddesinin birinci fıkrasına göre bu kategorideki suçlar bakımından da zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkündür³⁹. Ancak görevi kötüye kullanma suçu sonucunda kişilerin mağduriyetine sebebiyet verme objektif cezalandırılabilme şartının farklı kişiler üzerinde ortaya çıktığı hallerde, zincirleme suçun varlığından bahsedilemeyecektir. Zira bu ihtimalde mağdur olan kişiler belirli hale gelmiş ve zincirleme suç hükmünün uygulama alanı bulabilmesi bakımından gerekli olan aynı mağdura karşı işlenmesi şartı ortadan kalkmış olacaktır⁴⁰. Bu görüşe, suçun mağdur sayısının birden fazla hale geldiği hususunda katılmamaktayım. Ceza hukuku bakımından suçun maddi unsurlarından olan mağdur, suçun konusunun sahibini ifade etmektedir⁴¹. Görevi kötüye kullanma suçunun konusu suçun faili olan kamu görevlilerinin toplumu oluşturan herkes adına icra ettiği kamu görevidir⁴². Görüldüğü üzere suçu konusunun sahibi toplumu oluşturan herkestir. Dolayısıyla suçun mağdurunun toplumu oluşturan herkes olarak kabulü uygun olacaktır. Bunun yanında, suçun kanuni tanımında yer alan kişilerin mağduriyetine sebebiyet verilmesi hususu yukarıda da açıklandığı üzere netice değil, objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilmelidir. Dolayısıyla, birden fazla kişinin mağduriyetine sebebiyet vermek şeklinde gerçekleşen bu şart, ortada oluşmuş bir görevi ihmal suçunun devamında gündeme gelecek ve bu şart bağlamında mağdur olan kişilerin suçun mağduru olarak nitelendirilmemeleri gerekmektedir. Zira bir suçun oluştuğunu kabul etmek için maddi unsurlardan olan mağdurun zaten mevcut olması gerekmektedir. Buna göre cezalandırılabilmenin diğer şartlarından olup unsur niteliği taşımayan bu hususun kişileri suçun mağduru haline getirdiğini görüşüne katılmamaktayım. Öğretideki bir diğer görüşe göre, görevi kötüye kullanma suçu sonucunda farklı kişilerin mağduriyetinin gündeme geldiği

³⁹ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.1028; Özbek/Doğan/Bacaksız, Özel Hükümler, s.1128; Yaşar/Gökcan/Artuç, s.7812.

⁴⁰ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler s.1029; Özbek/Doğan/Bacaksız, Özel Hükümler s.1228; Özgenç, İrtikap, s.194 Yazara göre, kişilerin mağduriyetine sebebiyet verilen bir ihtimalde mağdur edilen kişi toplumu oluşturan herkes gibi görevi kötüye kullanma suçunun mağduru olarak kabul edilmelidir.

⁴¹ Artuk/Gökcan/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s.379.

⁴² Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.1108.

bir halde dahi suç kamu idaresine karşı işlenmiş kabul edilmeli ve ortak suç işleme kararının varlığından söz edilebildiği ihtimalde zincirleme suç hükmü uygulama alanı bulabilmelidir⁴³. Bu görüşe; tüzel kişiliği haiz kamu idaresinin suçun mağduru olduğunu kabul kısmında katılmamaktayım. Zira bütün suçlarda mağdur ancak gerçek kişiler olabilecektir⁴⁴. Bu görüşün ışığında, görevi ihmal suçunun mağduru toplumu oluşturan herkestir.

İnceleme konusu olaya bakıldığında Cumhuriyet savcısı olarak görev yapan S, ortak suç işleme kararı kapsamında (soruşturma dosyaları sürüncemede bırakmak) aynı suçu (görevi ihmal) aynı mağdura (toplumu oluşturan herkes) değişik zamanlarda birden çok kez (1 yıl içinde yaklaşık 400 dosya) işlemiştir. Bu olayda zincirleme suç hükümlerinin uygulama alanı bulması için tüm şartlar mevcuttur.

İncelediğimiz hukuki sorunla ilgili süregelen Yargıtay uygulamasına bakıldığında, Yargıtay'ın istikrarlı bir uygulamasının var olduğu hususu karşımızda çıkmaktadır⁴⁵. Genel Kurul kararına ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçunun mütemadi suç niteliğinde olduğu, bu nedenle bahsi geçen suçun zincirleme biçimde işlenemeyeceği şeklinde görüş bildirerek karşı oy

⁴³ Tezcan/Erdem/Önok, s.1247-1248

⁴⁴ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18.Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.224

⁴⁵ Suç tarihinde Mardin Cumhuriyet Savcısı olarak görev yapan S; 2.11.2007 ile 19.04.2010 tarihleri arasındaki dönem içinde sorumlu olduğu dosyalardan 87 adet soruşturma evrakında, 2 aydan 2 yıl 1 aya varan sürelerde hiçbir işlem tesis etmez. Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YCGK), bu olayda 87 adet dosyada hiç işlem yapmamak şeklinde gerçekleşen ve kişilerin mağduriyetine sebep olan eylemlerin zincirleme biçimde ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğunu kabul eder. (YCGK, 2011/4-492 E., 2012/87 K., 13.03.2012.)

Suç tarihinde Beykoz Cumhuriyet Savcısı olarak görev yapan S; 07.09.2006 ile 11.10.2012 tarihleri arasındaki dönem içinde sorumlu olduğu dosyalardan 216 adedinde, 4 aydan 7 yılı aşan sürelerle hiçbir işlem yapmaz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, bu olayda 216 adet soruşturma dosyasının işlemsiz bırakılması şeklinde gerçekleşen ve kişilerin mağduriyetine neden olan eylemlerin zincirleme biçimde ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğunu kabul eder. (YCGK, 2014/5-277 E., 2014/476 K., 04.11.2014.)

Suç tarihinde Antalya 1.İş Mahkemesi hâkimi olarak görev yapan S; 2010 yılı içerisinde vermiş olduğu 539 kararın 463 adedinin gerekçeli kararlarını 1,5 aydan 14 aya varan sürelerde, 2011 yılında vermiş olduğu 437 kararın 299 adedinin gerekçeli kararlarını 1,5 aydan 9 aya varan sürelerde geciktirerek yazar. Bunlara ek olarak bahsi geçen kararların 51 adedinde gerekçeli kararı yazmaz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, bu olayda 813 adet dava dosyasının gerekçeli kararlarının makul sürede yazılmaması şeklinde gerçekleşen ve kişilerin mağduriyetine sebebiyet veren eylemlerin zincirleme biçimde ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğunu kabul eder. (YCGK, 2014/69 E., 2015/192 K., 09.06.2015.)

kullanan üyenin ortaya koyduğu görüşe katılmamaktayım. Kişi; temadi eden nitelikte aynı suça sebebiyet veren birden fazla eylemi, değişik zamanlarda, aynı mağdura karşı, aynı suç işleme kararı kapsamında gerçekleştirebilir.

Tüm bu açıklamalarım gereğince, yargı mercilerinin görevi ihmal suçunun zincirleme suç hükümleri çerçevesinde işlenebileceği hususundaki görüşlerine katılmaktayım. Dolayısıyla yargı makamlarının somut olayda zincirleme suç hükümlerini uygulamak şeklindeki kararlarını isabetli bulmaktayım.

KAYNAKÇA

- Artuç M, ‘‘Zincirleme Suç’’, *Terazi Hukuk Dergisi*, 3(28), 2008.
- Artuk M. E/Gökçen A/Alşahin M. E/Çakır K, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 18.Bası, Adalet Yayınevi, 2019.
- Artuk M. E/Gökçen A/Alşahin M. E/Çakır K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15.Bası, Adalet Yayınevi, 2021.
- Hakeri H, *İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*, Seçkin Yayınları, 2003.
- Hoşgöl B, *Etkin Soruşturma Yükümlülüğü*, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- İçel K/Sokullu Akıncı F/Özgenç İ/Sözüer A/Mahmutoğlu F. S/Ünver Y, *Suç Teorisi*, 2.Bası Beta Yayınları, 2000.
- Koca M/Üzülmez İ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 8.Bası, Adalet Yayınevi, 2022.
- Koca M/Üzülmez İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15.Bası, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Özbek V. Ö/Doğan K/Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12.Bası, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Özbek V. Ö/Doğan K/Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 16.Bası, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Özen M, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 2017.
- Özen M, *Suçların İçtimaı (Zincirleme Suç-Fikri İçtima- Bileşik Suç)*, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Programı, Ankara, 2008, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, Erişim Tarihi 26.10.2022.
- Özgenç İ, *İrtikap, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları*, 2.Bası, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Özgenç İ, ‘‘İhmali Suç Teorisi’’, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25(4), <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2062326>, Erişim Tarihi 30.09.2022, 2021, s.303-378.
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18.Bası, Seçkin Yayıncılık, 2022.

- Soyaslan D, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10.Bası, Yetkin Yayınları, 2012.
- Şahin C/Göktürk N, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13.Bası, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Tezcan D/Erdem M. R/Önok R. M, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 19.Bası, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Toroslu N/Toroslu H, Ceza Hukuku Genel Kısım, 26.Bası, Savaş Yayınevi, 2021.
- Yaşar O/Gökcan H. T/Artuç M, Türk Ceza Kanunu, 2.Bası, Adalet Yayınevi, 2014.
- Yılmaz B.A, Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi Suçu (TCK m.98), Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Programı, Ankara, 2019, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> Erişim Tarihi: 26.10.2022, s.128-129.
- Yurtlu F, İhmali Suçlar, Seçkin Yayınları, 2022.

KARARLAR

- YCGK, 2018/445 E., 2021/12 K., 28.01.2021
- YCGK, 2011/4-492 E., 2012/87 K., 13.03.2012.
- YCGK, 2014/5-277 E., 2014/476 K., 04.11.2014.
- YCGK, 2014/69 E., 2015/192 K., 09.06.2015.

BAŞKASINA AİT TESCİLLİ MARKA KULLANILARAK HİZMET SATIŞI VE İDDİANAMEDE BELİRTİLEN SUÇ DIŞINDA HÜKÜM KURULMASINA İLİŞKİN KARAR TAHLİLİ: YCGK, 2018/614 E., 2021/269 K., 10.06.2021.

Decision Assessment About The Service Sales Using Other Registered Trademark And Implementation Of Provisions Other Than The Crime Stated In The Inclusion: YCGK, 2018/614 E., 2021/269 K., 10.06.2021.

Esra BULUT*

Özet

Marka hakkı sahibinin izni olmaksızın tescilli bir markaya ait ürünlerin kullanılması, marka hakkına tecavüz sayılan fiillerden biridir. Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal veya hizmet satılması ise marka hakkına tecavüz suçunun seçimlik hareketlerinden biridir. Başkasına ait markayı failin kendi markası gibi kullanması hileli harekettir. Satış ile bu hileli hareket sonucunda fail bir yarar sağlamaktadır. Dolandırıcılık suçunun oluşması için hileli hareket, mağdurun aldanması, yarar sağlama ve karşı tarafın malvarlığında zarar meydana gelmelidir. Aldatılan kişi satış işlemi ile bir edim elde ettiğinden malvarlığı zararı teorileri göz önünde bulundurulur dolandırıcılık suçunun oluşup oluşmadığı çözümlenmelidir.

Karara konu olayda olduğu gibi mağdur sayısının birden fazla olması ve mağdurlardan birinin şikâyeti üzerine dolandırıcılık suçundan başlatılan yargılama sonucunda beraat kararı verilmesi halinde dolandırıcılık suçundan yeni bir yargılama başlatılıp başlatılamayacağı bir sorundur. Bu soruna ilk düzenlenen iddianamenin kapsamı dikkate alınarak non bis in idem ilkesi çerçevesinde cevap aranmalıdır.

Yargıtay kararlarında iddianamenin marka hakkına tecavüz suçundan düzenlenmesi halinde dolandırıcılık suçundan mahkûmiyet hükmü kurulamayacağı belirtilmektedir. Mahkeme, iddianamede gösterilen suç ile değil; fiil ile bağlıdır. Davasız yargılama olmaz ilkesi, iddianamede gösterilmeyen fiilden yargılama yapılamamasını ifade etmektedir. Bu nedenle iddianamede gösterilen fiilden dolandırıcılık suçunun oluştuğuna kanaat eden mahkemenin bu suçtan mahkûmiyet hükmü kurmasının önünde bir engel bulunmamaktadır.

Anahtar Kavramlar: *Marka hakkına tecavüz suçu, dolandırıcılık suçu, non bis in idem ilkesi, davasız yargılama olmaz ilkesi.*

* Arş. Gör., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye, e-posta: esra.bulut@hbv.edu.tr.

ORCID:0000-0002-5059-3778

Abstract

The use of products belonging to a registered trademark without the consent of the trademark owner is one of the acts considered infringement of the trademark right. Selling goods or services by infringing on the trademark right by quotation or confusion is one of the optional acts of the crime of infringing the trademark right. It is a fraudulent act to use someone else's brand as if the perpetrator is his own. As a result of this fraudulent act with the sale, the perpetrator gains a benefit. For fraud to occur, fraudulent action, deception of the victim and damage to the other party's assets must occur in addition to providing benefits. Since the deceived person obtains a performance through the sale transaction, it should be analyzed whether the crime of fraud has occurred, taking into account the theories of property damage.

As in the case subject to the decision, if the number of victims is more than one and a verdict of acquittal is given as a result of the trial initiated for the crime of fraud upon the complaint of one of the victims, it is a question whether a new trial can be initiated for the crime of fraud. An answer to this problem should be sought within the framework of the principle of non bis in idem, taking into account the scope of the first indictment.

In the Supreme Court decisions, it is stated that if the indictment is drawn up for the crime of infringing on the trademark right, a conviction cannot be made for the crime of fraud. The court, not with the crime shown in the indictment; connected with the verb. The principle of no trial without a lawsuit means that no trial can be made for an act not shown in the indictment. For this reason, there is no obstacle for the court, which is convinced that the crime of fraud occurred due to the act shown in the indictment, from establishing a conviction for this crime.

Keywords: *Crime of trademark infringement, crime of fraud, principle of non bis in idem, no judgement without filed lawsuit principle.*

GİRİŞ

Çalışmada Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2018/614 E., 2021/269 K., 10.06.2021 sayılı kararı tahlil edilmiştir. Karar öncelikle maddi ceza hukuku boyutuyla değerlendirilmiş ve olayda işlenen suçlar ve bu suçlar arasında uygulanması gereken içtima hükümleri tartışılmıştır. Kararın muhakeme hukuku yönü iki soru ile ele alınmıştır. Bunlardan ilki, bir suç hakkında mağdurlardan birinin şikâyeti üzerine başlatılan yargılama sonucunda beraat kararı verilmiş olmasına rağmen aynı suçtan yeniden yargılama yapılıp yapılamayacağıdır. İkincisi, iddianamenin düzenlendiği suçtan farklı bir suç tipi hakkında mahkûmiyet hükmü verilip verilemeyeceğidir. Bu sorulara non

bis in idem ve davasız yargılama olmaz ilkeleri göz önünde bulundurularak cevap aranmıştır.

I. OLAY

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 10.06.2021 T., 2018/614 E., 2021/269 K. sayılı kararına konu teşkil eden olayda, A, R Elektronik İletişim ve Pazarlama Hizmetleri Tic. Ltd. Şti.'nin sahibi ve yetkilisidir. B, bu şirketin çalışanıdır. Bu şirket internet ve bilgisayarlarla ilgili teknik destek hizmeti sunmaktadır. R isimli firmaya ait çağrı merkezi ekibi, T AŞ'nin izni ve bilgisi dışında müşterilere T AŞ'den aradıklarını, internet paketlerini aktif hale getireceklerini, bilgisayarlara program yükleyeceklerini söyleyip randevu oluştururlar. Müşteriler, T AŞ'den aradıklarını zannederek teklifi kabul eder. Bunun üzerine A ve diğer teknik elemanlar müşterilerin evine veya iş yerine giderek program yüklerler. İşlem sırasında T AŞ'nin ticari unvanı ile hak sahibi olduğu markaya ait isim ve logonun yaka kartı, üniforma, kaşe, makbuz vb. ürünler kullanırlar. Yapılan işlemler karşılığında müşterilerden 30 ila 55 TL arasında değişen miktarda para alırlar. Müşterilerden C, A ve B'nin para istemesi üzerine T AŞ'yi arayarak böyle bir hizmetlerinin olup olmadığını sorar. T AŞ'nin böyle bir hizmetlerinin olmadığını söylemesi üzerine C istenilen ücreti vermez ve polisi arar. Müşteriler, işlemler sonrasında bilgisayarlarında sorunlar çıkması sebebiyle T AŞ'ne başvururlar. Bunun üzerine T AŞ marka hakkının izinsiz kullanıldığından bahisle A ve B hakkında şikâyetçi olur.

Şişli Cumhuriyet Başsavcılığı, A ve B hakkında marka hakkına tecavüz suçunu işlediklerine yönelik ve bu suçun yargılmasında görevli olan mahkemeye hitaben iddianame düzenler. İddianamede dolandırıcılık suçundan dolayı bir suç isnadında bulunulmaz.

Müşterilerden birinin 29.06.2010 tarihli olay sebebiyle şikâyetçi olması üzerine A ve B hakkında, Karşıyaka Cumhuriyet Başsavcılığınca dolandırıcılık suçundan kamu davası açılır. Yapılan yargılama sonucunda, Karşıyaka 2. Ağır Ceza Mahkemesince beraat kararı verilir ve Yargıtay (Kapatılan) 23. Ceza Dairesince 25.05.2016 tarihinde temyiz isteminin reddine karar verilmesiyle hükümler kesinleşir.

II. MERCİLERİN ÇÖZÜM ŞEKİLLERİ

A. İlk derece mahkemesi olarak İzmir Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi,

26.12.2012 tarihinde, marka hakkına tecavüz suçundan A'nın 5833 sayılı

Kanun’la değişik 556 sayılı KHK’nın 61/A-1 ve Türk Ceza Kanunu’nun (TCK) 62, 52/2, 52/4 ve 53/1. maddeleri uyarınca 1 yıl 3 ay hapis ve 3.000 TL adli para cezası ile cezalandırılmasına, B’nin ise 5833 sayılı Kanun’la değişik 556 sayılı KHK’nın 61/A-1 ve TCK’nın 62, 52/2, 52/4, 53/1 ve 53/5. maddeleri uyarınca 2 yıl 1 ay hapis ve 15.000 TL adli para cezası ile cezalandırılmasına, her iki sanık için taksitlendirmeye ve hak yoksunluğuna karar verir.

Hüküm sanıklar müdafii tarafından temyiz edilir.

B. Yargıtay 19. Ceza Dairesi, A ve B’nin fiillerinin dolandırıcılık suçunu oluşturduğundan bahisle ilk derece mahkemesinin kararını bozar.

C. İlk derece mahkemesi, şu gerekçe ile kararında direnir:

“...markanın sahibine yönelik olarak marka hakkına tecavüz, bu markayı da diğer hileli eylemler ile birlikte kullanarak bozma kararında isimleri belirtilen gerçek kişilere karşı dolandırıcılık suçu işlenmiştir. Tek bir eylem yoktur. Birden fazla eylem söz konusu olduğu için gerçek içtima hükümleri uygulanmalıdır. Dolandırıcılık suçundan dolayı beraat kararı verilmiş olsa bile marka hakkına tecavüz suçu ayrı ve bağımsız bir suç olarak cezalandırılmalıdır.”

D. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, şu gerekçe ile dolandırıcılık suçundan dolayı ayrıca soruşturma yapılması gerektiğini belirtir:

“...iddianamede nitelenen eylemlerin marka hakkına tecavüz suçunun unsurlarını kapsadığı hâlde dolandırıcılık suçunun unsurlarını kapsamaması, TCK’ya hâkim olan ilkenin gerçek içtima olması sebebiyle “Kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza” söz konusu olacağından mağdurları, suçların konusu, fiil ve netice, korunan hukuki değer ve yargılama usulleri farklı, birbirinden ayrı ve bağımsız suçlar olan “dolandırıcılık” ve “marka hakkına tecavüz” suçlarının birbirine dönüşmeyeceği gibi hareket ya da fiilin hukuki anlamda tek olmaması sebebiyle de farklı neviden fikri içtimanın şartlarının da oluşmayacağı anlaşıldığından somut olayda gerçek içtima ilkesinin geçerli olması, Cumhuriyet savcısı tarafından zamanaşımı süresi içerisinde dolandırıcılık suçundan ayrıca bir soruşturma yapılması mümkün olup bu soruşturma sonucunun marka hakkına tecavüz suçuna ilişkin yargılamayı da etkilemeyeceği, “davasız yargılama olmaz” ilkesi gereğince somut olayda iddianamede açıklanan ve marka hakkına tecavüz suçunu oluşturduğu iddia olunan sanıkların eylemleri dışına çıkılarak davaya konu edilmeyen dolandırıcılık suçuna ilişkin fiilden dolayı yargılama yapılamayacağı ve açılmayan davadan hüküm kurulamayacağı...”

III. ÇÖZÜMLENMESİ GEREKEN HUKUKİ PROBLEMLER

Bu çalışmaya konu olaya ilişkin hukuki problemlerin çözümü için aşağıdaki soruların cevaplanması gerekmektedir:

A. R şirketine ait çağrı merkezi ekibinin müşterileri aramaları, A ve diğer teknik elemanların müşterileri evine veya işyerine girmeleri ceza hukuku sorumluluğunu gerektirir mi?

B. A ve B'nin T AŞ'nin marka hakkını kullanarak müşterilerin bilgisayarlarına program yüklemeleri ve karşılığında ücret almaları nedeniyle Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) hükümleri uyarınca ceza hukuku sorumlulukları nedir? Marka hakkının kullanılması birden fazla defa gerçekleştiğinden hangi içtima hükümleri uygulanmalıdır?

C. A ve B, dolandırıcılık suçundan dolayı sorumlu tutulabilir mi? Sorumlu tutulabilecekleri kabul edildiğinde, birden fazla defa işlenen dolandırıcılık suçu bakımından hangi içtima hükümleri uygulanmalıdır?

D. Marka hakkına tecavüz suçu ile dolandırıcılık suçu arasında hangi içtima hükümleri uygulanmalıdır? İşlenen suçlar bakımından fiil teklifi var mıdır? Bu suçların arasında özel norm-genel norm ilişkisi mevcut mudur?

E. Müşterilerden birinin şikâyeti üzerine mahkemenin dolandırıcılık suçundan beraat kararı vermesi ve bu kararın kesinleşmesi, diğer müşterilerin şikâyeti üzerine dolandırıcılık suçundan mahkûmiyet hükmü kurulmasını engeller mi?

F. İddianamede dolandırıcılık suçuna yer verilmese de mahkeme dolandırıcılık suçundan mahkûmiyet hükmü kurabilir mi?

IV. DEĞERLENDİRME VE GÖRÜŞÜMÜZ

A. Telefon numaraları, kişileri birbirinden ayırt etme vasfı dolayısıyla kişisel veri niteliğindedir.¹ Çağrı merkezi ekibinde müşterilere ait numaralar mevcut olmayıp hukuka aykırı yollardan elde edildiyse verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu oluşur (TCK m. 136). Bu numaraların ele geçirilmesi hukuki anlamda tek bir fiil ile gerçekleşmişse aynı suçun tek fiille birden fazla kişiye karşı işlenmesi söz konusu olduğundan aynı neviden fikri içtima hükümleri uygulanmalıdır (TCK m. 43, f. 2).

Müşteriler A ve B'yi rızaları ile konutlarına almıştır. Ancak müşterilerin

¹ TCK m.135'in gerekçesine göre, gerçek kişiyle ilgili her türlü bilgi kişisel veridir.

rızası hile ile fesada uğramıştır; bu nedenle rızaları geçerli değildir. Bir kimsenin konutuna rızasına aykırı girilmesi ise konut dokunulmazlığını ihlal suçunu oluşturur (TCK m. 116).

Müşterilerin hile ile fesada uğramış rızaları ile işyerlerine girilmesi ise işyerlerinin “açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutat olan yerler dışında” olması halinde işyeri dokunulmazlığını ihlal suçunu oluşturur (TCK m. 116, f. 2).

Konut ve işyeri dokunulmazlığını ihlal suçlarının mağdurları farklı kişilerdir ve hukuki anlamda tek fiil olduğundan da söz edilemez. Bu nedenle gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

Merci görüşlerinde bu suç tiplerinin tartışılmaması bir eksikliklerdir.

B. 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu 22.12.2016 tarihinde kabul edilmiş ve 10.01.2017 tarihli 29944 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname, 6769 sayılı Kanunun 191’ inci maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak 6769 sayılı Kanunun geçici maddeleri gereğince mülga KHK’nin bazı hükümlerin uygulanmasına devam edileceğinden uygulayıcıya kolaylık sağlamak amacıyla 556 sayılı KHK sistemde korunmuştur.²

T AŞ’ye ait marka tescilli olduğundan bu markanın korunması SMK kapsamındadır (SMK m. 7, f. 1). SMK’nın 29. maddesinde³ marka hakkına tecavüz sayılan fiiller düzenlenmektedir. SMK m. 29, f. 1, b bendine göre; “*marka sahibinin izni olmaksızın, markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek*” de bu fiiller arasındadır. A ve B, T AŞ’ye ait markayı marka sahibinin izni olmaksızın kullanmışlardır.

SMK m. 30, f. 1’de⁴⁵ düzenlenen marka hakkına tecavüz suçunun oluş-

² 556 s. KHK’da belirtilen açıklamalara yer verilmektedir.

³ 556 s. KHK’nın ise 61. maddesinde marka hakkına tecavüz sayılan fiiller sayılmaktadır ve yapılan atıf gereği ayrıca 9. maddeye aykırı kullanımlar da marka hakkına tecavüz sayılan fiiller olarak kabul edilmektedir.

⁴ 556 s. KHK’nın ise 61/A maddesinde marka hakkına tecavüz suçuna ilişkin ceza hükümlere yer verilmektedir. Kanun ile KHK arasında suçun seçimlik hareketleri bakımından farklılık bulunmaktadır. KHK’da sayılan seçimlik hareketler şunlardır: mal veya hizmet üretme, satışa arz etme, satma.

⁵ SMK m. 30, f. 1 hükmü şu şekildedir: “*Başkasına ait marka hakkına iltibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal üreten veya hizmet sunan, satışa arz eden veya satan, ithal ya da ihraç eden, ticari amaçla satın alan, bulunduran, nakleden veya depolayan kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.*”

ması için marka hakkına tecavüz niteliğindeki fiilleri gerçekleştirmek yeterli değildir. Marka hakkına tecavüz sayılan fiiller, iktibas veya iltibas suretiyle gerçekleştirilmelidir. Ayrıca, bu suretle de her fiil değil; fıkrada sayılan seçimlik hareketler cezalandırılmaktadır.⁶ Bu hareketler şunlardır: mal üretme, hizmet sunma, satışa arz etme, satma, ithal ya da ihraç etme, ticari amaçla satın alma, bulundurma, nakletme ve depolama.

A ve B'nin T AŞ'ye ait markanın aynı işaretini aynı hizmette kullanmışlardır. İktibas suretiyle tecavüz, tescilli markanın aynı mal veya hizmetlerle ilgili aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretin kullanılmasıdır.⁷ Bu nedenle A ve B, iktibas suretiyle marka hakkına tecavüz sayılan kullanma fiilini gerçekleştirmişlerdir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise bilirkişi raporuna dayanarak olayda iltibas suretiyle tecavüzün olduğunu kabul etmiştir. İltibas suretiyle tecavüzde benzer işaretin kullanılması gerekmektedir.⁸ Olayda tescilli marka ile aynı işaret kullanıldığından Yargıtay'ın bu tespitine katılmaktayız.

A ve B, T AŞ'ye ait markaya iktibas suretiyle tecavüz ederek program (hizmet) satışı gerçekleştirmişlerdir. Marka hakkına tecavüz suçunun seçimlik hareketlerinden olan "satma" yalnızca mal satışını değil; hizmet satışını da kapsar.⁹ Bu nedenle A ve B marka hakkına tecavüz suçundan dolayı sorumludurlar.¹⁰

A ve B, C'den ücret tahsil edemeyerek satışı gerçekleştiremeseler de marka hakkına tecavüz suçunun satışa arz, hizmet sunma ve bulundurma seçimlik hareketlerini gerçekleştirmişlerdir (SMK m. 30, f. 1). Kanun koyucu satışa arz gibi esasında satışın hazırlık hareketi olan bazı hareketleri tamamlanmış suç gibi cezalandırmayı tercih etmiştir.¹¹ Seçimlik hareketli suçlarda suçun tamamlanması için seçimlik hareketlerden birinin gerçekleştirilmesi su-

⁶ Ayşe Nuhoglu, "Marka Hakkına Tecavüz Suçu", in Feridun Yenisey, İzzet Özgenç, Ayşe Nuhoglu, Adem Sözüer, Faruk Turhan (eds.), Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan, Seçkin Yayıncılık, 2018, 417-444, s.427.

⁷ Zahit Yılmaz, "Marka Hakkına İktibas veya İltibas Suretiyle Tecavüz Suçu", Terazi Hukuk Dergisi, 2021, 16(178), 1178-97, s.1182.; İsa Başbüyük, Marka Hakkının İhlalinden Doğan Cezai Sorumluluk, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2011, s.82.; Nuhoglu, s.430.

⁸ Başbüyük, İsa, Marka Hakkının İhlalinden Doğan Cezai Sorumluluk, s.96.; Nuhoglu, s.428.

⁹ Başbüyük, s.113.

¹⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, bilirkişi raporundan hareketle seçimlik hareketin "hizmet sunma" olduğunu kabul etmiştir. Ancak olayda marka hakkına tecavüz edilerek bir hizmetin satışı gerçekleştiğinden kanaatimizce "satma" seçimlik hareketi mevcuttur.

¹¹ Nuhoglu, s.431-432.

çün tamamlanması için yeterlidir. Bu nedenle C'ye yönelik de marka hakkına tecavüz suçu ücret tahsil edilemese de işlenmiştir.

Marka hakkına tecavüz suçunun mağduru, marka hakkı sahibi¹² olduğundan her bir suçun mağduru aynı kişidir. A ve B, aynı suç işleme kararıyla aynı mağdura karşı değişik zamanlarda marka hakkına tecavüz suçunu işlediklerinden zincirleme suç hükümleri uygulanmalıdır (TCK m. 43, f. 1).

C. Dolandırıcılık suçunun unsurları; hileli davranışlarda bulunma, mağdurun aldanması ve mağdurun veya bir başkasının malvarlığının zarara uğraması sonucu failin veya bir başkasının yarar sağlamasıdır (TCK m.157). Olayda A ve B'nin kendilerini T AŞ'nin çalışanı olarak tanıtmaları ve T AŞ'nin marka hakkını kullanmaları, hileli davranışlardır. Bu hileli davranışlar sonucunda müşteriler aldatılmıştır.¹³ Dolandırıcılık suçundan söz edebilmek için ayrıca mağdurun veya bir başkasının malvarlığının zarara uğraması gerekmektedir.

Malvarlığı zararı kavramı doktrinde tartışmalı olup aşağıda yer verilen çeşitli teorilerle açıklanmaya çalışılmıştır:

Subjektif hukuki zarar teorisine göre, kişinin aldatılmasaydı yapmayacağı bir tasarrufu gerçekleştirme zararın oluştuğunu kabul için yeterlidir.¹⁴

Objektif ekonomik zarar teorisine göre, karşılıklı edimlerin varlığı halinde mağdurun malvarlığından çıkan değer ile karşı edimin piyasa değeri esas alınarak bir zararın olup olmadığı hesaplanır.¹⁵

Objektif bireysel zarar teorisine göre, öncelikle objektif ekonomik zarar teorisinde olduğu gibi edimlerin piyasa değerine bakılır. Ancak bununla yetinilmeyip mağdurun tasarruf amacı, mağdura ekonomik olarak ağır bir yük getirip getirmediği de araştırılır.¹⁶ Bu teoriye göre edimlerin değeri eşit olsa bile mağdur tarafından kullanımı mümkün değilse suç oluşur.¹⁷

Kişisel zarar teorisine göre, malvarlığı zararı kişinin ekonomik potansi-

¹² Egemen Esen, “Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre Marka Hakkının Yetkisiz Tasarrufu Suçu”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, 16(2), 717-732, s.728.

¹³ Volkan Maviş, “Dolandırıcılık Suçunun Hile Unsuruna İlişkin Sorunlar”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, C.1, Özel Sayı, s.603.

¹⁴ Meral Ekici Şahin, Dolandırıcılık Suçu, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.289.

¹⁵ Ekici Şahin, s.293.; Mesut Bilen, Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçu, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Konya, 2012, s.164.

¹⁶ Ekici Şahin, s.294.

¹⁷ Ersin Şare, “Dolandırıcılık Suçu Kapsamında Cezalandırılan Hile”, SDÜHFD, 2022, 12(2), s.684.; Fulya Korkmaz, Dolandırıcılık Suçu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara, 2020, s.67

yelindeki değişiklik ve tasarruf amacına aykırılıkları kapsar.¹⁸

Bağımsız veya genişletilmiş zarar teorisine göre, malvarlığı zararı ekonomik zararın üstünde bir kavramdır ve manevi değeri olan şeyleri de kapsamaktadır.¹⁹

Kararda müşterilerin bilgisayarlarının zarar görmesi ile ilgili bir bilirkişi raporu yer almadığından, olayı malvarlığı zararı teorileri çerçevesinde çeşitli ihtimalleri göz önünde bulundurarak değerlendirmekte fayda vardır. Buna göre;

A ve B'nin, müşterilerin bilgisayarlarına T AŞ'nin normalde ücretsiz olarak yükleyeceği programı ücret karşılığında veya T AŞ'nin alacağından daha fazla ücrete yüklemeleri durumunda,

1) Hangi zarar teorisi kabul edilirse edilsin malvarlığı zararının doğduğu sonucuna ulaşılır ve dolandırıcılık suçu da suçun tüm maddi unsurları gerçekleştiğinden işlenmiş olur.

A ve B'nin, T AŞ'nin de o özelliklere sahip yükleyeceği bir programı T AŞ ile aynı ücrete yüklemeleri durumunda,

2) Objektif bir zarar doğmamıştır. Zira müşterinin azalan malvarlığı karşılığında aldığı edim piyasa değeri ile aynıdır. Ancak aldatılan kişinin gerçeği bilseydi yapmayacağı bir tasarruf söz konusu ise subjektif hukuki zarar teorisine göre malvarlığında zarar meydana gelmiş ve dolandırıcılık suçu oluşmuş olur. Bu durumda dolandırıcılık suçunun oluştuğunu kabul etmek dolandırıcılık suçunu hukuki değer olarak yalnızca irade özgürlüğünü koruyan bir suça indirgemek anlamına gelir.²⁰ Zira hileli davranışlar, muhatabın aldatılması ve muhatabın işlem sonucundaki “gerçeği bilseydim yapmazdım” şeklindeki seçimi tamamen irade özgürlüğü ile alakalıdır. Oysaki dolandırıcılık suçu aynı zamanda malvarlığını da korumaktadır. Aldatılan kişinin salt sözleşmenin karşı tarafını özgürce seçme iradesinin hile ile fesada uğratılması ve geriye dönük olarak subjektif bir açıklamada bulunması, malvarlığında bir zarar meydana geldiğinin kabulü için yeterli değildir. Bu nedenle bu ihtimalde dolandırıcılık suçunun oluşmadığını kabul etmekteyiz.

A ve B'nin, T AŞ'nin yükleyeceği programdan daha düşük kalitede, daha sınırlı özelliklere sahip veya T AŞ'nin sağladığı garantiyi sağlamayan bir programı T AŞ'nin daha kapsayıcı özelliklere sahip program ile aynı ücrete yüklemeleri durumunda,

¹⁸ Ekici Şahin, s.301.

¹⁹ Ekici Şahin, s.302-303.

²⁰ Bilen, s.159-160.

3) Müşteriler malvarlıklarında azalma sonucu karşı edim olarak piyasa değerinden daha düşük bir edime sahip olmuşlardır. Bu nedenle hangi zarar teorisi kabul edilirse edilsin mağdurun malvarlığında zarar meydana geldiği kabul edilir ve dolandırıcılık suçu da işlenmiş olur.

Dolandırıcılık suçunun oluştuğu kabul edildiğinde, birden fazla müşteriye karşı birden fazla defa işlen dolandırıcılık suçu bakımından uygulanması gereken içtima hükümleri belirlenmelidir. Suç, farklı mağdurlara karşı işlenmiştir. Her bir suçun konusu farklıdır. Zira dolandırıcılık suçunun konusu malvarlığı değeridir. Bu nedenle hukuki anlamda fiil teklifinden bahsedilemez. Failler, her bir dolandırıcılık suçundan dolayı gerçek içtima hükümlerine göre cezalandırılmalıdır.

A ve B, hileli hareketleri gerçekleştirmişler; ancak C aldanmamıştır. Dolandırıcılık suçunun tamamlanması için hileli hareketlerle aldanan mağdur, karşı tarafa yarar sağlayıcı bir malvarlığı tasarrufunda bulunmalıdır. Elverişli hareketlerle dolandırıcılık suçunun icrasına başlanmasına rağmen suç tamamlanmadığından, suça teşebbüs hükümleri uygulanmalıdır (TCK m. 35).²¹

D. Yukarıdaki hukuki sorunun a ve c ihtimallerinde dolandırıcılık suçunun işlendiği sonucuna varılmıştır. Dolandırıcılık suçu ile marka hakkına tecavüz suçu arasında uygulanacak içtima hükümleri değerlendirilmelidir. Bunun için de öncelikle bu iki suçun aynı fiiller ile işlenip işlenmediği ve aralarında özel norm- genel norm ilişkisinin olup olmadığı tespit edilmelidir.

A ve B'nin T AŞ'den aradıklarını söyleyerek müşterilere randevu oluşturmaları, marka hakkına tecavüz suçunun "satışa arz" seçimlik hareketini oluşturmaktadır. A ve B'nin T AŞ'ye ait isim ve logoyu kullanmaları ve yükledikleri program sonucunda ücret tahsil etmeleri, marka hakkına tecavüz suçunun "satma" seçimlik hareketidir.

A ve B'nin müşterileri T AŞ'den aradıklarını söyleyerek randevu oluşturmaları, hileli davranışların başlangıcıdır. A ve B'nin T AŞ'ye ait isim ve logoyu kullanmaları, dolandırıcılık suçunda hile unsurunun devamıdır. Müşteriler bu hileli hareketler sonucunda aldanmışlardır. A ve B'nin yükledikleri program sonucunda müşterilerden para almaları ise programın müşterilerin bilgisayarlarında sorun çıkarması nedeniyle dolandırıcılık suçunun malvarlı-

²¹ Ali Şahin Kılıç, "Dolandırıcılık Suçunda Aldatma Unsuru Üzerine Bir İnceleme", in Feridun Yenisey, İzzet Özgenç, Ayşe Nuhoglu, Adem Sözüer, Faruk Turhan (eds.), Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan, 2018, 315-361. s.329.

ğında zarara neden olma unsurunu oluşturur.

Karara konu olayda marka hakkına tecavüz suçu ile dolandırıcılık suçunu oluşturan icra hareketleri örtüşmektedir. Suçların çok hareketli suç niteliğinde olması fiilin hukuki anlamda tek olmasını engellemez.²²

Dolandırıcılık suçu ile marka hakkına tecavüz suçu farklı hukuki değerleri koruduğundan aralarında özel norm-genel norm ilişkisi bulunmamaktadır.²³ Bu nedenle görünüşte içtima hükümlerine değil, farklı neviden fikri içtima hükümlerine göre sorun çözümlenmelidir (TCK m. 44). Dolandırıcılık suçunun ceza miktarı marka hakkına tecavüz suçuna göre daha fazla olduğundan A ve B yalnızca dolandırıcılık suçundan dolayı cezalandırılmalıdır.

E. Non bis in idem ilkesi, aynı fiilden dolayı ikinci kez yargılama yapılmasını ve ceza verilmesini yasaklamaktadır.²⁴ Kesin hükmün varlığı halinde mahkeme ret kararı vermelidir (CMK m. 223, f. 7).

Müşterilerden birinin şikâyeti üzerine A ve B hakkında iddianame düzenlenmiş, yapılan yargılama sonucunda beraat kararı verilmiş ve bu kararlar kesinleşmiştir. Bu noktada düzenlenen iddianamenin içeriği önem taşımaktadır. Zira iddianamede gösterilen fiil, hüküm konusu fiildir. Yargılamanın aynı fiilden dolayı yapıp yapılmadığının belirlenmesinde iddianamede bireyselleştirilerek sınırlandırılan ve hükmün maddi konusu olan fiile göre değerlendirme yapılır. Bu nedenle hukuki sorunu ihtimalli olarak çözümlenmekte fayda bulunmaktadır:

A ve B hakkında yürütülen ilk yargılamada iddianamede gösterilen fiil, A ve B'nin yalnız o müşteriye karşı gerçekleştirdiği dolandırıcılık suçuna yönelik fiil ise;

1) uyuşmazlık konusu olayın belirlenmesinde, iddianame ile sınırlandırılmış fiile bakılmaktadır. Bu ihtimalde, iddianame, A ve B'nin yalnız şikâyette bulunan müşteriye karşı gerçekleştirdiği fiil ile sınırlandırılmıştır. Diğer müşterilere karşı gerçekleştirilen fiiller bakımından ilk defa yargılama

²² Neslihan Göktürk, *Fikri İçtima (Suçların İçtimalı)*, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.131.; Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.522.; Çetin Akkaya, "Suçların İçtimalı Bağlamında Fiil Tekliği", 2019, S.13, s.15.; Zahit Yılmaz, "Türk Ceza Hukukunda Suçların İçtimalı Açısından Fiilin Tekliği Kavramı", 2020, 8(16), s.409.; Büşra Sevde Çubukçu, "Türk Ceza Hukukunda Görünüşte İçtima", 2019, 14(154), s.1183.

²³ Kayhan İçel, "Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2008, 7(14), 35-49, s.40.; Çubukçu, s.1184.

²⁴ Cumhuriyet Şahin/ Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.72.; Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.89.; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.75.

yapılacağından bunların yeni bir yargılama konusu yapılması non bis in idem ilkesine aykırılık teşkil etmez.

Uyuşmazlık konusu olay A ve B'nin tüm müşterilere karşı gerçekleştirdikleri dolandırıcılık suçuna yönelik fiiller ise;

2) aynı kişi hakkında aynı fiilden dolayı verilmiş ve kesinleşmiş bir hüküm bulunması olumsuz bir muhakeme şartı olduğundan, mahkeme non bis in idem ilkesi gereği ret kararı vermelidir (CMK m. 223, f. 7).

F. Ceza muhakemesinde tahkik sistemi yerine itham sisteminin kabul edilmesiyle birlikte iddia makamının yargılama makamı önüne taşımadığı bir olaya mahkemenin kendiliğinden el atması önlenmiştir.²⁵ Bu önleme, *davasız yargılama olmaz/davacı ve davanın olmadığı yerde yargıç da yoktur* ilkeleri ile ifade edilmektedir.²⁶

Davasız yargılama olmaz ilkesinden mahkemenin sevk maddesinde belirtilen suç dışında bir suçtan dolayı hüküm veremeyeceği anlaşılmamalıdır. İlke, mahkemenin savcının iddianamede gösterdiği fiilin ve failin dışına çıkarak hüküm veremeyeceğini ifade etmektedir (CMK m. 225, f. 1). Mahkemenin savcının iddianamede gösterdiği fiillerin sevk maddesinde belirtilenden farklı bir suç tipini oluşturduğu kanaatiyle farklı bir suçtan hüküm kurması, davasız yargılama olmaz ilkesine bir aykırılık teşkil etmemektedir. Zira mahkeme, fiili kendiliğinden yargılama konusu yapmamakta, bu fiilleri savcı yargılama makamı önüne taşımış olmaktadır. Kunter'e göre, iddianamede gösterilmiş her eylemden dava açıldığını kabul etmek gerekmektedir.²⁷

Mahkemeler davasız yargılama olmaz ilkesi gereği iddianamede gösterilen fiil ile sınırlandırılmıştır. Mahkemenin fiil ile bağlı olması kuralı gereği yargılamanın maddi konusu değişemez.²⁸ Muhakemenin konusu olan

²⁵ Yenisey/Nuhoğlu, s.204.; Özbek/Doğan/Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.41.; Ramazan Arıtürk, "İddianamenin İadesi ile İlgili Sorunlar ve Çözüm Önerileri", TAAD, 2022, S.50, s.183.; Sami Selçuk, "Davasız Yargılama Olmaz İlkesi, Savcıların yetkileri ve Yükümlülükleri", Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk'a Armağan, in Mahmut Koca, İzzet Özgenç, İlhan Üzülmüş, M. Emin Alşahin (eds.), Seçkin Yayıncılık, 2020, 729-736, s.729.

²⁶ Yenisey/Nuhoğlu, s.728.; Özbek/Doğan/Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.73.; Selçuk, s.729.; Seydi Kaymaz, "Davasız Yargılama Olmaz İlkesinin İhlal Edilmesi ve Sonuçları", DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, C.21, Özel Sayı, s.297.; Ali Rıza Çınar, "Hükümün Konusu ve Eylemi (Fiili) Değerlendirmede Mahkemenin Yetkisi", TBB Dergisi, 2009, S.84, 31-62, s.37.

²⁷ Nurullah Kunter, "Bağımsız Olmadığı ve Diğerine Dayalı Bulunduğu Gereğiyle İddianamede Gösterilmiş Eylemlerden Biri Hakkında Kamu Davası Açılmamış Sayılabilir mi?", Yargıtay Dergisi, 1975, 21 (81-82), 33-46, s.43.

²⁸ Şahin/Göktürk, s. 542.; Özlem Yenerer Çakmut, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Esas Mahkemesinin Verdiği Hüküm", EÜHFD, 2007, XI(3-4), s.33

fiilden ne anlaşılması gerektiği konusunda farklı görüşler olmakla birlikte²⁹ CMK m. 225, f. 1 hükmüne göre muhakemenin konusu iddianamede bireyselleştirilen fiil ve faildir.³⁰ Fiilin bireyselleştirilmesinde fiilin işlendiği yer, zaman ve icra araçları ve şekli örnek olarak sayılabilir.³¹

Mahkemenin iddianamede gösterilen fiil ile sınırlandırılması, iddianamenin güvence fonksiyonudur.³² Mahkeme kuracağı hükümde iddianamedeki maddi konudan ayrılamaz.³³ Mahkeme maddi konuda iddianame ile bağlı olmakla birlikte hukuki konuda iddianame ile bağlı değildir. Mahkeme maddi gerçeğin araştırılması ilkesi gereği hukuki konuda iddia makamından farklı bir görüşe sahip olabilir.³⁴ Hükümün konusu olan iddianamede anlatılan olaylar objektif nitelikte olup savcının amaç ya da iradesi gibi subjektif kriterlere göre hükümün konusu belirlenemez.³⁵ Zira mahkeme, eylemleri nitelirmede özgürdür.³⁶

İzmir Cumhuriyet Başsavcılığınca 05.01.2012 tarih ve 43728-561 sayı ile düzenlenen iddianame şu şekildedir:

“...Şüpheliler A ve B, X AŞ müşterilerini buldukları yerlerde arayıp müşteri şirket ile anlaşmalı olduklarını söyleyerek anti-virüs programı yüklemeye ikna ettikten sonra programları bu kişilerin bilgisayarlarına yüklemiş ve yaptıkları hizmetin karşılığında soruşturma evrakında bulunan ve bu kişilerin ibraz ettiği makbuzları kesmişlerdir. Şüphelilerin düzenledikleri makbuzlarda ve yaka kartlarında hak sahibinden izinsiz olarak müşteri şirket adına marka olarak tescilli X kelime ve şekil markasını kullandıkları sözü edilen makbuz örnekleri ve yaka kartlarından anlaşılmıştır...Marka

²⁹ Tuba Kelep Pekmez, Ceza Muhakemesinde Fiil, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 99 vd.

³⁰ Kelep Pekmez, s. 112.

³¹ Erdener Yurtcan, “Ceza Davasının Konusu, Sınırları, Yargıcın Niteleme (Tavsif) Yetkisi, Fiilin Aynılığı ve Kesin Hükümün Önleme Etkisi Çerçevesinde Bir Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararının Değerlendirilmesi”, Yargıtay Dergisi, 1975, 21(81-82), 47-57, s.50.

³² Yenisey/Nuhoğlu, s.150.; Özge Apiş, “Türk Ceza Muhakemesinde Hükümün İddianamede Gösterilen Fiil ve Fail Hakkında Verilmesi Meselesi”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, 8(16), 909-934, s. 912.

³³ Yurtcan’a göre, ceza davasının konusu, iddianamede belirtilen maddi vakıalar karışımı ile sınırlandırılan insan davranışlarıdır. Yurtcan, s.49.

³⁴ Apiş, s.920.

³⁵ Çınar, s.41.

³⁶ Çınar, s.43.

vekili bilirkişi fotoğraflarını da eklediği marka tescil belgeleri ve suç konusu eşyaları inceleyerek düzenlediği raporunda; müşteri şirketin 2007 19161 numaralı tescil belgesine konu marka hakkının iltibas suretiyle ihlal edildiğine ilişkin tespit ve görüşlerini açıklamıştır. Soruşturma sırasında tecavüz edildiği belirlenen markaların suç konusu ürünlerin ait olduğu emtia sınıfında tescil edildiği ve tescilin devam ettiği Türk Patent Enstitüsünden gönderilen onaylı belge örneklerinden anlaşılmıştır. İfade sahiplerinin ifadeleri, ibraz edilen makbuzlar ve yaka kartları ve bilirkişi raporu ile şüphelilerin savunmalarının aksi ve suçu işledikleri kanıtlanmıştır...Vaad edilen hizmetin verilmiş olması karşısında eylemlerin başka bir suçu oluşturmadığı, X kelimesi müşteri şirket adına tescilli olduğundan suçun haksız rekabet değil marka hakkına tecavüz şeklinde gerçekleştiği belirlenmiştir...”

İddianamede; A ve B'nin X AŞ'ye ait logo ve isimlikleri kullanma, kendilerini X AŞ çalışanı gibi gösterme, müşterilerin bilgisayarına program yükleme, bu program ve hizmet sonucunda makbuz kesme ve ücret alma fiilleri yer almaktadır.

Dolandırıcılık suçundan dolayı cezaya hükmedebilmek için iddianamede dolandırıcılık suçunun unsurları gösterilmelidir. Zira CMK m. 226, f. 1, 2. cümleye göre sanık, “iddianamede kanunî unsurları gösterilen suçun değindiği kanun hükmünden başkasıyla mahkûm edilemez.”

Dolandırıcılık suçunun unsurları şunlardır:

- Hileli davranışlarda bulunma,
- Bu hileli davranışlar ile kişinin aldatılması,
- Aldatılan kişinin veya başkasının zarara uğraması,
- Failin kendisine veya bir başkasına yararın sağlanmış olmasıdır.³⁷

A ve B'nin hileli davranışları, kendilerini X AŞ çalışanı gibi gösterme ve bu şirkete ait markanın logo ve isimliklerini kullanmadır. Hileli davranışlar unsuruna yönelik fiil, iddianamede gösterilmektedir. Bu hileli davranışlar sonucunda müşteriler aldatılmıştır. Zira bilgisayarlarına program yüklenmesine izin vermişlerdir. Aldatma unsuruna yönelik fiil, iddianamede gösterilmektedir. A ve B, yükledikleri program nedeniyle müşterilerden ücret almışlardır. Aldatılan kişinin veya bir başkasının malvarlığını zarara uğratma

³⁷ Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s.734 vd.; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 17. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.725 vd.; Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 20. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.866 vd.; Devrim Aydın, “Dolandırıcılık Suçu”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021, 11(2), 649-705, s.667.

ve failin kendisine veya bir başkasına yarar sağlama unsuruna yönelik fiil de iddianamede gösterilmektedir.

Kanaatimizce iddianamede dolandırıcılık suçunun unsurlarını oluşturan fiiller gösterilmektedir. Bu nedenle Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun dolandırıcılık suçunun unsurlarının iddianamede gösterilmediği şeklindeki görüşüne katılmamaktayız.³⁸

Yargıtay'ın fiilin iddianamede gösterilmesine rağmen sevk maddesinde belirtmeyen suçlardan hüküm kurulamamasını davasız yargılama olmaz ilkesi ile açıklaması doktrinde eleştirilmektedir.³⁹

Cumhuriyet Savcılığı, iddianamede dolandırıcılık suçunun unsurlarına yer verse de marka hakkına tecavüz suçunun oluştuğunu kabul ederek şüphelinin bu suçtan cezalandırılması talebiyle iddianame düzenlemiştir. Cumhuriyet Savcılığı dolandırıcılık suçuna yönelik fiile iddianamesinde yer verdiğinden bu suçtan dolayı dava açılmadığı kabul edilemez. Bu nedenle davasız yargılama olmaz ilkesi, dolandırıcılık suçundan mahkûmiyet

³⁸ YCGK'nun 2018/615 E., 2021/270 K., 10.06.2021 sayılı kararına konu teşkil eden olayda; A, X Telekomünikasyon ve Aracılık Hizmetleri isimli firmanın sahibi ve yetkilisidir. A, Y AŞ'nin izni ve bilgisi olmadığı halde işyeri tabelasında şirket adına tescilli marka ve logoları kullanır, müşterilerle Y AŞ'nin bayisiymiş gibi sözleşmeler yapar, fatura tahsil eder. Faturlar hesaba geçmez, müşterileri başka bir kampanyadan yararlandıracaklarını söyleyerek aboneliklerini başka bir servis sağlayıcısına taşır. Müşterilerin Y AŞ'ye başvurmaları üzerine şirket şikayetçi olur ve marka hakkına tecavüz suçundan dolayı Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi'ne hitaben iddianame düzenlenir.

İlk derece mahkemesi, A'nın marka hakkına tecavüz suçundan (556 s. KHK m.61/A-1) dolayı cezalandırılmasına karar verir.

Yargıtay 19. Ceza Dairesi, dolandırıcılık suçundan işlem yapılması için suç duyurusunda bulunulup sonuca göre A'nın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerektiğini belirterek ilk derece mahkemesinin kararını bozar.

İlk derece mahkemesi kararında direnir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı bozma istekli tebliğnamede bulunur.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, tahlil ettiğimiz kararda yer alan gerekçenin aynısını öne sürerek (iddianamede dolandırıcılık suçunun unsurlarının gösterilmemesi, marka hakkına tecavüz ve dolandırıcılık suçlarının birbirine dönüşmeyeceği, dolandırıcılık suçundan ayrıca bir soruşturma yapılmasının mümkün olması) ilk derece mahkemesinin direnme gerekçesini isabetli bulur.

Yargıtay, art arda verdiği bu iki kararda iddianamede unsurları gösterilen fiilden ziyade savcının hukuki nitelendirmesine önem vererek aslında unsurları iddianamede gösterilmiş olan dolandırıcılık suçundan ayrıca bir soruşturma yapılması gerektiğini belirtmiştir. Oysaki dolandırıcılık suçunun unsurlarını oluşturan fiiller iddianamede gösterildiği için dolandırıcılık suçundan yeni bir soruşturma başlatılması, non bis in idem ilkesine aykırılık teşkil eder. Bunun yerine yapılması gereken, fiilin hukuki nitelendirilmesi değiştiğinde sanığa ek savunma hakkı vererek hüküm kurmaktır.

³⁹ Apış, s.919.

hükmünün kurulmasında bir engel değildir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun dolandırıcılık suçundan mahkûmiyet hükmü kurulmaması gerektiğine ilişkin gerekçesinde marka hakkına tecavüz suçu ve dolandırıcılık suçunun birbirine dönüşmeyeceği açıklamasına yer vermesini isabetli bulmamaktayız. Zira suçların birbirine dönüşüp dönüşmemesinin bir önemi bulunmamaktadır. Önemli olan maddi fiilin iddianamede ve hükümde aynı kalmasıdır. Fiile bağlı kalındıkça iddianamede gösterilen suç ile mahkemenin nitelendirdiği suç birbirinden çok farklı olabilir.

Mahkemenin iddianamede anlatılan olayın sınırları dahilinde hukuki konuda iddianamede belirtilenden farklı bir suçtan hüküm kurabilmesi, sanığa ek savunma hakkı vermesi ile mümkündür. (CMK m. 225, f. 2; CMK m. 226, f. 1).⁴⁰ Suçun hukuki niteliğinin değişmesi ile yeni bir olay ortaya çıktığından söz edilemez, bu değişiklik yeni bir durumdur.⁴¹

Sanığa ek savunma hakkı verilmesi savunma hakkı ve adil yargılanma hakkı ile silahların eşitliği ilkesinin gereğidir.⁴² Sanığın meramını anlatabilme hakkının bilgilendirilme unsuruna ilişkin olarak sanığın sürpriz kararlar karşışlaşması yasaklanmıştır.⁴³ Bu nedenle sanık meramını anlatabilmek için değişen hukuki nitelik hakkında bilgilendirilmelidir. Bu hak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ile de korunmaktadır.⁴⁴ Ek savunma hakkı çerçevesinde savunma makamına tanınacak sürenin CMK'nın 176 maddesinden⁴⁵ hareketle en az bir hafta olması gerektiği belirtilmektedir.⁴⁶

Sanıkların dolandırıcılık suçuna yönelik savunmasını yapabilmesi amacıyla mahkeme sanıklara ek savunma hakkı vermelidir.

Olaydaki ilk derece mahkemesi, Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesi'dir. Bu mahkemenin görev alanı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 76. maddesinde yer almaktadır: *“Bu Kanunun düzenlediği hukuki ilişkilerden doğan dava*

⁴⁰ Faruk Erem, “Suç Vafında Değişiklik”, Yargıtay Dergisi, 1975, 21(81-82), 24-32, s.24.

⁴¹ Apiş, s.924.

⁴² Apiş, s.925.

⁴³ Hakan Karakehya, “Ceza Muhakemesinde Sanığın Meramını Anlatabilme Hakkının Unsuruları”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, 2015, 3(2), 199-225, s.208.

⁴⁴ AİHS m. 6, f. 3, a bendine göre bir suç ile itham edilen herkes: *“Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek”* hakkına sahiptir.

⁴⁵ CMK m. 176, f. 4'e göre: *“Yukarıdaki fıkralar gereğince, çağrı kâğıdının tebliğiyle duruşma günü arasında en az bir hafta süre bulunması gerekir.”*

⁴⁶ Süleyman Emre Özdemir, “Ek Savunma Hakkı (CMK m.226)”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, 10(1), 87-102, s.100.

ve işler ile bu Kanundan kaynaklanan ceza davalarında görevli mahkeme, Sınai Mülkiyet Kanununun 156'ncı maddesinin birinci fıkrasında belirtilen mahkemelerdir.”

Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesi'nin dolandırıcılık suçuna bakma görevi bulunmadığından mahkemenin yapması gereken görevsizlik kararı vermektir.

SONUÇ

Merci görüşlerinde verileri hukuku aykırı olarak verme veya ele geçirme, konut ve işyeri dokunulmazlığını ihlal suçlarının tartışılmaması bir eksikliktir.

R şirketine ait çağrı merkezi ekibi, müşterilerin telefon numaralarını hukuka aykırı yolla ele geçirdiyse telefon numarası kişisel veri olduğundan verileri hukuka aykırı olarak ele geçirme suçu oluşur. Ayrıca, A ve B, hile ile müşterilerin ev ve işyerlerine girdiğinden müşterilerin bu konudaki rızaları geçerli değildir. Bu nedenle konut ve işyeri dokunulmazlığını ihlal suçları işlenmiştir. Birden fazla defa işlenen bu suçtan dolayı faillerin ceza hukuku sorumluluğu belirlenirken gerçek içtima hükümleri uygulanmalıdır.

T AŞ'ye ait marka tescilli olduğundan bunun korunması SMK hükümlerine tabidir. A ve B, marka sahibinin izni olmaksızın marka hakkına tecavüz sayılan hallerde markayı kullanmak (iktibas) fiilini gerçekleştirmişlerdir. Marka hakkına tecavüz suçu seçimlik hareketli bir suçtur. Marka hakkına tecavüz sayılan fiilin suç sayılabilmesi için bu seçimlik hareketlerden birinin gerçekleşmesi gereklidir. A ve B, müşterilerin bilgisayarlarına program yükleyip karşılığında ücret alarak “satma” seçimlik hareketini gerçekleştirmişlerdir. Bu nedenle marka hakkına tecavüz suçundan dolayı sorumludurlar (SMK m. 30, f. 1). A ve B, aynı suç işleme kararıyla aynı mağdura (marka hakkı sahibi) karşı değişik zamanlarda marka hakkına tecavüz suçunu işlediklerinden zincirleme suç hükümleri uygulanmalıdır (TCK m. 43, f. 1).

A ve B, hileli hareketlerle müşterileri aldatıp kendilerine yarar sağlamışlardır; ancak aldıkları ücretin karşılığında müşterilere bir hizmet sunmuşlardır. Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi ayrıca mağdurun veya başkasının malvarlığında zarar meydana gelmelidir. Doktrinde çeşitli malvarlığı zararı teorileri kabul edilmektedir. Subjektif hukuki zarar teorisine göre, kişi aldatılmasaydı yapmayacağı bir tasarruf söz konusu ise zarar gerçekleşmiştir. Objektif ekonomik zarar teorisine göre, malvarlığı zararı mağdurun malvarlığından çıkan değer ile karşı edimin piyasa değeri esas alınarak hesaplanır. Objektif bireysel zarar teorisine göre, objektif ekonomik

zarar teorisindeki gibi edimlerin piyasa değerine bakıldıktan sonra mağdurun tasarruf amacı, mağdura ekonomik olarak ağır bir yük getirip getirmediği de araştırılır. Kişisel zarar teorisine göre, malvarlığı zararı kişinin ekonomik potansiyelindeki değişiklik ve tasarruf amacına aykırılıkları kapsar. Bağımsız veya genişletilmiş zarar teorisine göre, malvarlığı zararı ekonomik zararın üstünde bir kavramdır ve manevi değeri olan şeyleri de kapsar. Kararda müşterilerin bilgisayarlarında çıkan sorunların yüklenen programdan kaynaklandığına ilişkin bilirkişi raporu yer almadığından malvarlığı zararının oluşup oluşmadığı ihtimalli olarak değerlendirilmiştir. A ve B, piyasa değerinde ücret almışlarsa objektif anlamda zarar oluşmasa da subjektif zarardan söz edilir ve subjektif hukuki zarar teorisine göre suç oluşur. A ve B, piyasa değerinin üstünde bir ücret almışlarsa hem objektif hem de subjektif zarar oluşmuştur ve hangi zarar teorisi kabul edilirse edilsin dolandırıcılık suçu oluşur.

Marka hakkına tecavüz suçu ile dolandırıcılık suçu aynı fiillerle işlenmiştir. Bu suçların korudukları hukuki değerler farklı olduğundan aralarında özel norm-genel norm ilişkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle farklı neviden fikri içtima hükümleri uygulanarak failler, cezası daha ağır olan dolandırıcılık suçundan dolayı cezalandırılmalıdır (TCK m. 44).

A ve B hakkında müşterilerden birinin şikâyeti üzerine iddianame düzenlenmiş, yargılama sonucunda beraat kararı verilmiş ve bu kararlar kesinleşmiştir. İddianamede gösterilen fiil, yalnızca bu müşteriye karşı gerçekleştirilen fiil ile sınırlandırılmışsa diğer müşterilere yönelik fiiller de dava konusu yapılabilir. Ancak, iddianamede A ve B'nin gerçekleştirdiği tüm fiiller yer alıyorsa kesin hükmün bulunması olumsuz bir muhakeme şartı olduğundan non bis in idem ilkesi gereği mahkeme ret kararı vermelidir (CMK m. 223, f. 7).

Mahkeme, iddianamede gösterilen fiil ile bağlı olmakla birlikte savcının hukuki nitelendirmesi ile bağlı değildir (CMK m. 225, f. 1, f. 2). Mahkemenin fiil ile bağlılığı, *davasız yargılama olmaz/davacı ve davanın olmadığı yerde yargıç da yoktur* ilkeleri ile ifade edilmektedir. Mahkeme, maddi konuya göre hüküm vermelidir; ancak, hukuki konuda iddianamede gösterilen suç tipinden ayrılabilir. Olayda dolandırıcılık suçuna ilişkin fiil de iddianamede gösterilmekle birlikte sevk maddesi marka hakkına tecavüz suçuna ilişkindir. Dolandırıcılık suçunun unsurları iddianamede gösterildiğinden mahkemenin bu suçtan mahkûmiyet kurması davasız yargılama olmaz ilkesine aykırılık teşkil etmez. Yargıtay'ın dolandırıcılık suçunun unsurlarının iddianamede gösterilmediği şeklindeki değerlendirmesine katılmamaktayız. Ayrıca

Yargıtay'ın dolandırıcılık suçundan mahkûmiyet hükmü kurulmamasına ilişkin, marka hakkına tecavüz suçu ile dolandırıcılık suçunun birbirine dönüşmeyeceği gerekçesine de katılmamaktayız. Zira sevk maddesinde gösterilen suç ile mahkûmiyet hükmü kurulan suçun birbirlerine dönüşüp dönüşmemesi önemli değildir. Önemli olan, hükmün iddianamede gösterilen fiil ile bağlı kalınarak kurulmasıdır.

KAYNAKÇA

- Akkaya Ç, “Suçların İçtimaı Bağlamında Fiil Tekliği”, 2019, S.13, 1-38.
- Apiş Ö, “Türk Ceza Muhakemesinde Hükümün İddianamede Gösterilen Fiil ve Fail Hakkında Verilmesi Meselesi”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, 8(16), 909-934.
- Arıtürk R, “İddianamenin İadesi ile İlgili Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, TAAD, 2022, S.50, 181-218.
- Aydın D, “Dolandırıcılık Suçu”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021, 11(2), 649-705.
- Başbüyük İ, Marka Hakkının İhlalinden Doğan Cezai Sorumluluk, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2011.
- Bilen M, Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçu, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, 2012.
- Çınar A.R, “Hükümün Konusu ve Eylemi (Fiili) Değerlendirmede Mahkemenin Yetkisi”, TBB Dergisi, 2009, S.84, 31-62.
- Çubukçu B.S, “Türk Ceza Hukukunda Görünüşte İçtima”, 2019, 14(154), 1181-1190.
- Ekici Şahin M, Dolandırıcılık Suçu, 1. Bası, Adalet Yayınevi, 2019.
- Erem F, “Suç Vafında Değişiklik”, Yargıtay Dergisi, 1975, 21(81-82), 24-32.
- Esen E, “Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre Marka Hakkının Yetkisiz Tasarrufu Suçu” İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, 16(2), 717-32.
- Göktürk N, Fikri İçtima (Suçların İçtimaı), 1. Bası, Adalet Yayınevi, 2013.
- İçel K, “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2008, 7(14), 35-49.
- Karakehya H, “Ceza Muhakemesinde Sanığın Meramını Anlatabilme Hakkının Unsurları” Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, 2015, 3(2), 199-225.

- Kaymaz S, “Davasız Yargılama Olmaz İlkesinin İhlal Edilmesi ve Sonuçları”, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, C.21, Özel Sayı, 295-326.
- Kelep Pekmez T, Ceza Muhakemesinde Fiil, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Kılıç A.Ş, “Dolandırıcılık Suçunda Aldatma Unsuru Üzerine Bir İnceleme”, in Feridun Yenisey, İzzet Özgenç, Ayşe Nuhoglu, Adem Sözüer, Faruk Turhan (eds.), Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach’a Armağan, 2018, 315-361.
- Koca M/Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2022
- Koca M/Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Bası, Adalet Yayınevi, 2020.
- Korkmaz F, Dolandırıcılık Suçu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, 2020.
- Kunter N, “Bağımsız Olmadığı ve Diğerine Dayalı Bulunduğu Gereğiyle İddianamede Gösterilmiş Eylemlerden Biri Hakkında Kamu Davası Açılmamış Sayılabilir mi?”, Yargıtay Dergisi, 1975, 21(81-82), 33-46.
- Maviş V, “Dolandırıcılık Suçunun Hile Unsuruna İlişkin Sorunlar”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, C.1, Özel Sayı, 597-626.
- Nuhoglu A, “Marka Hakkına Tecavüz Suçu”, in Feridun Yenisey, İzzet Özgenç, Ayşe Nuhoglu, Adem Sözüer, Faruk Turhan (eds.), Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach’a Armağan, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Özbek V.Ö/Doğan K/Bacaksız P, Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Özbek VÖ/Doğan K/Bacaksız P, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 17. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Özdemir S.E, “Ek Savunma Hakkı (CMK m.226)” İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2019, 10(1), 87-102.
- Selçuk S, “Davasız Yargılama Olmaz İlkesi, Savcılarının yetkileri ve Yükümlülükleri”, Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan, in Mahmut Koca, İzzet Özgenç, İlhan Üzülmez, M. Emin Alşahin (eds.), Seçkin Yayıncılık, 2020, 729-736.

- Şahin C/ Göktürk N, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Tezcan M/Erdem M.R/Önok M, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 20. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Şare E, “Dolandırıcılık Suçu Kapsamında Cezalandırılan Hile”, SDÜHFD, 2022, 12(2), 669-721.
- Yenerer Çakmut Ö, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Esas Mahkemesinin Verdiği Hüküm”, EÜHFD, 2007, XI(3-4), 29-61.
- Yenisey F/Nuhoğlu A, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Yılmaz Z, “Marka Hakkına İktibas veya İltibas Suretiyle Tecavüz Suçu”, Terazi Hukuk Dergisi 2021,16(178), 1178-1197.
- Yılmaz Z, “Türk Ceza Hukukunda Suçların İçtimaı Açısından Fiilin Tekliği Kavramı”, 2020, 8(16), 393-436.
- Yurtcan E, “Ceza Davasının Konusu, Sınırlan, Yargıcın Niteleme (Tavsif) Yetkisi, Fiilin Aynılığı ve Kesin Hükümün Önleme Etkisi Çerçevesinde Bir Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararının Değerlendirilmesi”, Yargıtay Dergisi, 1975, 21(81-82), 47-57.

KAÇAKÇILIKLA MÜCADELE KANUNU KAPSAMINDA TİCARİ AMAÇ UNSURUNA İLİŞKİN YARGITAY CEZA GENEL KURULU KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

An Evaluation Of The Decision Of Assembly Of The Criminal Chambers Of Court Of Cassation Concerning Regarding The Commercial Purpose Element Within The Scope Of The Anti-Smuggling Law

Muteber Dilasa CİNGİ*

Özet

Çalışmada, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 12.10.2021 Tarih, 2019/128 Esas ve 2021/464 karar sayılı kararı incelenmiştir ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu madde 3 fıkra 18 kapsamında bir değerlendirme yapılmıştır. Makalede, öncelikle kararda tartışılan olay kapsamında, ardından çeşitli ihtimaller üzerinden suçun oluşup oluşmadığı tartışılmıştır. Çalışmanın devamında "ticari amaç" unsurundan ne anlaşılması gerektiği değerlendirilmiştir. Ticari amaç unsurunun sınırları çizilerek örnek kararlara sıklıkla yer verilmiştir. Bu sayede Yargıtay'ın ilgili konudaki genel yaklaşımı gösterilmeye çalışılmıştır. Her ne kadar Yargıtay'ın önceki tarihli kararlarında 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu madde 3 fıkra 18 kapsamında ticari amaca ilişkin net bir sınır belirtilmemişse de uygulamaya yönelik olarak hangi kriterlere göre ticari amacın varlığından bahsedildiği aktarılmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, Muavin, Kaçak Sigara, Şüpheden Sanık Yararlanır

Abstract

In the study, the decision of Assembly of the Criminal Chambers of Court of Cassation dated 12.10.2021, numbered 2019/128 and 2021/464 was examined. In the decision, an assessment was made within the scope of Article 3, paragraph 18 of the Anti-Smuggling Code (Law No. 5607). In the article, it is discussed whether the crime occurred within the scope of the case discussed in the decision and then over various possibilities. In the continuation of the study, it was evaluated what should be understood by the element of "commercial purpose". Exemplary decisions have

* Arş. Gör., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye,
e-posta: cingi.muteberdilasa@hbv.edu.tr, ORCID: 0000-0003-0931-2417

often been included by drawing the boundaries of the commercial purpose element. In this way, the general approach of the Court of Cassation on the relevant issue was shown. Although the previous decisions of the Court of Cassation did not specify clear boundaries on the element of commercial purpose within the scope of Article 3, paragraph 18 of the Anti-Smuggling Code (Law No. 5607), it was stated according to which criteria of presence of commercial purpose was mentioned.

Keywords: Anti-Smuggling Code (Law No:5607), Bus Attendant, Smuggled Cigarettes, Benefit of Doubt

I. OLAY ¹

A'nın muavin olarak çalıştığı X turizme ait yolcu otobüsü, Y ili istikametine doğru seyir halinde olduğu sırada, otobüs jandarma tarafından durdurulur ve bagaj araması yapılır. Yapılan aramada bagaj bölümünde, sahibi tespit edilemeyen bir valiz içerisinde 1130 paket (113 karton) kaçak sigara ele geçirilir. A, valizin kendisine ait olmadığını ispat edemediği için valiz kendisinin kabul edilerek hakkında soruşturma başlatılır.

Anahtar Kelimeler: 5607 Sayılı Kanun, Muavin, Kaçak Sigara, Şüpheden Sanık Yararlanır

II. TARTIŞILMASI GEREKEN HUKUKİ SORUNLAR

1- Karara konu olayda, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu m.3 f.18'de düzenlenen suç oluşmuş mudur?

2- Olayda şüpheden sanık yararlanır ilkesinin uygulanış şekli doğru mudur?

3- Olayda valize fiş takılmasının unutulması ihtimalinde ilgili suçun oluşacağından bahsedilebilir mi?

4- Olayda bagaj fişinin kasten takılmaması ihtimalinde ilgili suçun oluşacağından bahsedilebilir mi?

5- 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu m.3 f.18 gereğince suçun oluşumu için aranan "ticari amaç" kavramından ne anlaşılması gerekir? Ticari amacın olduğunun söylenebilmesi için hangi şartların bir arada olması gerekmektedir?

6- A'nın suça konu valizin içindeki kaçak sigaraları bilerek salt otobüse yüklemesi ihtimalinde "ticari amaçtan" bahsedilebilir mi? A'nın bilmesi

¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2019/128 Esas ve 2021/464 Karar ve 12.10.2021 Tarihli Kararı

halinde Türk Ceza Kanunu m.165'te düzenlenen "Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi" suçunun oluştuğu söylenebilir mi?

III. MERCİLERİN ÇÖZÜM ŞEKLİ

Yerel mahkeme, A hakkında, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu hükümlerine aykırılıktan dolayı başlatılan soruşturma kapsamında A'nın beraatine ve suça konu eşyaların müsaderesine karar verir.

Yargıtay 7. Ceza Dairesi; bagaj fişinin yırtılmış olması dolayısıyla bagajın sahibinin belirlenememesi üzerine, bagajın A tarafından araca konulduğu, bagajlara fiş takmanın ve bagaja alınan eşyalar üzerindeki gözetim ve denetim yükümlülüğünün A'ya ait olduğu, A'nın bu görevini yerine getirmediği gerekçesiyle oy çokluğuyla yerel mahkeme kararının bozulmasına karar verir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı; sanığın, aşamalarda savunmalarında atılı suçlamayı ısrarla kabul etmemesi, tüm bagajlar gibi suça konu sigaraların ele geçtiği bagaja da fiş yapıştırıp yolcuya verdiğini, ancak yolcunun yüzüne bakmadığı için kim olduğunu bilmediğini, arama sırasında valizler indirilirken de bazı bagaj fişlerinin yırtıldığı ve sanığın yırtık fişleri eline alıp Jandarmaya gösterdiği, kaçak sigara bulunan valizlerin fişinin de düşen fişlerden olduğunu beyan ettiği, askerlerin olaya tanık olduğu, kuşkudan sanık yararlanır kuralı uyarınca, şüpheden uzak, kesin ve somut deliller olmaksızın, sanığın cezalandırılmasının hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle verilen karara itiraz etmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, sanık A'nın atılı suçtan cezalandırılabilmesi için fiilin işlendiğinin şüpheden uzak delillere dayanması gerektiği, sanığın kaçak sigaraların yakalandığı otobüste muavin olarak çalışmasının, üzerine atılı suçu işlediği yönünde yeterli bir delil oluşturamayacağı; ayrıca 5607 sayılı Kaçakçılık Kanunu m.3 f.18 maddesindeki suçun oluşumu için "ticari amaç" unsurunun gerçekleşmesi gerektiği gerekçesiyle, başsavcılığın itirazını kabul ederek özel dairenin bozma kararını kaldırmıştır.

IV. HUKUKİ DEĞERLENDİRME

A. 5607 Sayılı Kaçakçılık Kanunu m.3 f.18'de Düzenlenen Suça İlişkin Genel Açıklamalar

5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu m.3 f.18² kapsamında,

² "5607 s.k. m.3 f. 18: *Ambalajlarında bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaret bulunmayan ya da taklit veya yanıltıcı bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya*

ambalajlarında bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaret bulunmayan ya da taklit veya yanıltıcı şekilde bu ve benzeri işaretleri taşıyan tütün mamullerini ticari amaçla üreten, bulunduran, nakleden veya satışa arz eden veya satan ve bu özelliğini bilerek ve ticari amaçla satın alan kişilerin cezalandırılmaları öngörülmüştür. Bu ürünlerin kaçak bir şekilde yurda sokulduğunun anlaşılması halinde kanunun m.3 f.18'den yapılan atıf uyarınca 3. maddesi f.10³ uygulanarak, verilecek cezalar iki katına kadar artırılır ve ayrıca verilecek cezanın 3 yıldan az olmayacağı belirtilir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun benimsediği sistematığe göre suçun oluşumu açısından üç unsurun bir arada bulunması gerekmektedir. Bu unsurlar maddi unsurlar, manevi unsurlar ve hukuka aykırılık unsuru olarak sıralanmaktadır.⁴ Suçun maddi unsurları kendi arasında fiil, netice, nedensellik bağı, fail, konu, mağdur ve nitelikli unsurlar olarak ayrılırken suçun manevi unsurlarını kast, taksir, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç, amaç ve saik oluşturmaktadır.⁵ Sayılan unsurlara sahip tipe uygun fiilin, hukuka aykırılığının tespit edilmesi durumunda başka bir deyişle olayda hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması durumunda bir suçun varlığından bahsedilecektir.

5607 sayılı Kanun m.3 f.18'de belirtilen suçun oluşumu açısından, öncelikle fiil unsurunu oluşturan seçimlik hareketlerin sınırlarının belirlenmesi için 5607 sayılı kanun m.3 f.11⁶ ile birlikte bir değerlendirmede bulunmak

benzeri işaretleri taşıyan tütün mamulleri, makaron, yaprak sigara kâğıdı, etil alkol, metanol ve alkollü içkileri; a) Ticari amaçla üreten, bulunduran veya nakleden, b) Satışa arz eden veya satan, c) Bu özelliğini bilerek ve ticari amaçla satın alan, kişi üç yıldan altı yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Ancak, tütün mamullerinin, makaron, yaprak sigara kâğıdı, etil alkol, metanol ve alkollü içkilerin kaçak olarak yurda sokulduğunun anlaşılması hâlinde, onuncu fıkra hükmüne istinaden cezaya hükmolunur.”

³ “5607 s.k m.3 f.10: Kaçakçılık suçunun konusunu oluşturan eşyanın akaryakıt ile tütün, tütün mamulleri, makaron, yaprak sigara kâğıdı, etil alkol, metanol ve alkollü içkiler olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek cezalar yarısından iki katına kadar artırılır, ancak bu fıkranın uygulanması suretiyle verilecek ceza üç yıldan az olamaz.”

⁴ İzzet ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Seçkin Hukuk, 2022, s.178

⁵ ÖZGENÇ, s.12,13

⁶ “5607 s.k m.3 f.11: Ulusal marker uygulamasına tabi olup da Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun belirlediği seviyenin altında ulusal marker içeren veya hiç içermeyen akaryakıtı; a) Ticari amaçla üreten, bulunduran veya nakleden, b) Satışa arz eden veya satan, c) Bu özelliğini bilerek ve ticari amaçla satın alan, kişi iki yıldan beş yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Ancak, marker içermeyen veya seviyesi geçersiz olan akaryakıtın kaçak olarak yurda sokulduğunun anlaşılması hâlinde, onuncu fıkra hükmüne istinaden cezaya hükmolunur.”

doğru bir yaklaşım olacaktır.⁷

İlgili maddelerde belirtilen seçimlik hareketlerden üretme, suçun konusunu oluşturan ürünleri ticari bir amaç güderek meydana getirme fiilinden oluşur. Bulundurmaktan kasıt ise ürünlerin üzerinde tasarruf edilebilmesine olanak sağlayacak şekilde bir yerde tutmaktır. Bulundurma fiilinin her zaman için saklamak anlamına gelmediğine dikkat edilmelidir. Kanun koyucu suçun oluşumu için ticari bir amaç aradığından bulundurma fiilinin, kişinin kişisel kullanımını ile sınırlı olacak şekilde gerçekleşmesi halinde, bulundurma suç teşkil etmeyecektir.

Nakletmek, suçun konusunun herhangi bir şekilde bir yerden bir yere taşınmasını ifade eder. Taşımanın araç kullanarak veya bedensel güç ile gerçekleştirilmesi arasında bir fark bulunmamaktadır. Nakletme fiili ile ilgili değinilmesi gereken diğer bir hüküm 5607 sayılı Kanun m.13 olup, söz konusu madde uyarınca kaçak eşyanın taşınması için bilerek kullanılan veya kullanılmaya en azından teşebbüs edilen araca ilişkin müsadere kararının verilebilmesi için kaçak eşyanın gizli bir tertibat ile araca yerleştirilmesi, kaçak eşyanın taşıma aracının yüküne göre miktar veya hacim olarak önemli bir miktarı işgal etmesi ve bu sebeple aracın kullanımını gerekli kılmaması ya da araçtaki kaçak eşyanın Türkiye'ye girişinin veya Türkiye'den çıkışının yasak veya çevre için zararlı maddelerden olması gerekir.⁸ Bu şartlardan birinin gerçekleşmemesi halinde aracın müsadere edilmesi söz konusu olmayacaktır.⁹

⁷ 5607 sayılı Kanun m.3 f.18'de düzenlenen suç da benzer seçimlik hareketlerle işlendiği için, açıklama yoluna gidilmiştir.

⁸ “5607 sayılı Kanun MADDE 13 – (1) Bu Kanunda tanımlanan suçlarla ilgili olarak 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun eşya ve kazanç müsadereğine ilişkin hükümleri uygulanır. Ancak kaçak eşya taşınmasında bilerek kullanılan veya kullanılmaya teşebbüs edilen her türlü taşıma aracının müsadere edilebilmesi için aşağıdaki koşullardan birinin gerçekleşmesi gerekir:

a) Kaçak eşyanın, suçun işlenmesini kolaylaştıracak veya fiilin ortaya çıkmasını engelleyecek şekilde özel olarak hazırlanmış gizli tertibat içerisinde saklanmış veya taşınmış olması.

b) Kaçak eşyanın, taşıma aracı yüküne göre miktar veya hacim bakımından tamamını veya ağırlıklı bölümünü oluşturması veya naklinin, bu aracın kullanılmasını gerekli kılması.

c) Taşıma aracındaki kaçak eşyanın, Türkiye'ye girmesi veya Türkiye'den çıkması yasak veya toplum veya çevre sağlığı açısından zararlı maddelerden olması.

(2) Etkin pişmanlık nedeniyle fail hakkında cezaya hükmolünmemesi veya kamu davasının düşmesine karar verilmesi, sadece suç konusu eşya ile ilgili olarak müsadere hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil etmez.”

⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 27.03.2012 T., 2011/7-346 E., 2012/124 K.: “...Sanığın aralarında yakalanan toplam dört çuval içerisindeki 6990 paket sigaranın bilirkişi beyanında da belirtildiği üzere miktar itibarıyla bir kişi tarafından taşınması olanaklı olmayıp, bir

Satışa arz etmek, suç konusunun satıma elverişli bir hale getirilmesi, bir başka ifadeyle dış dünyaya sunularak satın alınmasını sağlamak olarak değerlendirilmelidir. Satmak ise suça konu ürünlerin mülkiyetinin satın alan kişiye aktarılması ile gerçekleştirilen seçimlik hareketi oluşturur. Satın alan kişinin bu fıkra hükmüne göre cezalandırılabilmesi için satın alan kişinin satın aldığı ürünlerin suça konu olduğunu bilmesi ve ticari amaçla satın alması gerekir.¹⁰

Nitekim 5607 sayılı Kanun m.3 f.18’de de belirtilen maddeleri ticari amaçla üreten, bulduran veya nakleden, satışa arz eden veya satan ya da bu özelliğini bilerek ve ticari amaçla satın alan kişiler, suçun faili olacaktır. Kanun koyucu seçimlik hareketli bu suç tipini düzenleyerek madde metninde belirtilen fiilleri işleyen herkesi bu suçun faili olarak kabul etmektedir.¹¹

Suçun mağduru ise toplumu oluşturan herkes olarak kabul edilmelidir. Doktrindeki bazı görüşlere göre¹² suçun mağduru devlettir. Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre ise, suçun mağduru ancak yaşayan bir insan olabilir; devlet, bir hak süjesi olamaz ancak suçtan zarar gören olabilir. Hüküm altına alınan suçun oluşabilmesi için yasal olmayan yollarla yurda sokulmuş bir eşyanın varlığı, yeterli olacaktır.

Diğer taraftan söz konusu suçların taksirli şekilleri düzenlenmediğinden yalnızca kasten işlenebilmeleri mümkündür. Kanun koyucu 5607 sayılı Kanun m.3 f.18’de ayrıca suçun oluşabilmesi için “ticari amaç” aramaktadır. Bir kimsenin yukarıda sayılan seçimlik hareketlerden birini ticari amaç güderek, kasten ve hukuka aykırı bir şekilde gerçekleştirmesi durumunda 5607 sayılı Kanun m.3 f.18’de belirtilen suç tüm unsurlarıyla birlikte oluşmuş olacaktır.

Suçun oluşumu için suçun konusunu oluşturan ürünlerin menşeinin bir

araçla taşınmasının zorunlu bulunması ve “kaçak eşyanın naklinin, bu aracın kullanılmasını gerekli kulması” halinde kaçak eşyanın taşınmasında bilerek kullanılan her türlü taşıma aracının müsaderesini zorunlu kılan 5607 sayılı Yasanın 13. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, suça konu eşyaların taşındığı aracın zoralumına karar verilmesi gerekmektedir...”

¹⁰ Alper Yükselen BİKİRLİ, Seyfettin ÇİLESİZ, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Açıklaması, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022, s.561-562

¹¹ Yusuf ERGİN, 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Kapsamında Kaçakçılık Suçları, İstanbul Aydın Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ekim 2019, s.167

¹² Orbay Bahri ULGAR, Yargıtay Kararları Işığında Sigara Kaçakçılığı Suçu, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 16(1), 2021, s.381.

önemi yoktur.¹³ Herhangi bir kişi 5607 sayılı Kanunun 3/18 maddesindeki suçun faili olabilir; kanun bu suçun faili olabilmek için özel bir vasıf aramamıştır. Dolayısıyla seçimlik hareketlerden birini yerine getiren herkes gibi A'nın da bu suçun faili olarak kabul edileceğini belirtmek gerekir.

Değerlendirme

1. Değerlendirilmesi gereken husus, A'nın bu seçimlik hareketlerden birini gerçekleştirmeye yönelik kastının bulunup bulunmadığı ve ayrıca kastın ötesinde suçun oluşumu için aranan amaç unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediği ayrıca A'nın ticari amaçla hareket edip etmediğinin tespitidir. Her ne kadar kararda, Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından, “amaç” unsuru yönünden bir değerlendirme yapılmışsa da öncelikle değerlendirilmesi gereken unsur kasttır.

Kast, Türk Ceza Kanunu m.21¹⁴ uyarınca, her suçun zorunlu bir unsuru olarak tezahür etmektedir¹⁵. Kastın, kanunun lafzında, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi şeklinde tanımlanmış olup “bilmek” unsuru açısından doktrinde bir görüş birliği de bulunmaktadır. Ancak “istemek” unsuru hakkında bir fikir birliği mevcut değildir¹⁶. Kastın oluşumu açısından, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilinmesinin yeterli olacağı görüşüne göre, kişinin gerçekleştirdiği fiilin sonuçlarını öngörmesi kastının varlığından bahsedebilmek açısından yeterli olacaktır. Zira kastın varlığı açısından bilmek ve istemek unsurlarının bir arada bulunması Yeni Türk Ceza Kanunu sistematığı ile uyuşmamaktadır.¹⁷ Aksi görüş ise kastın varlığından bahsedilebilmesi için bilmenin yanı sıra istemenin de bir unsur olduğunu savunur. İlgili görüşe göre, isteme unsuru, kastın taksirden ayrılması açısından önem taşıdığı gibi kastın kendi içerisinde sınıflandırılmasını da sağlar.¹⁸

¹³ ERGİN, s.167

¹⁴ *Madde 21- (1) Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. (2) Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır. Bu halde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda müebbet hapis cezasına, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar hapis cezasına hükümlenir; diğer suçlarda ise temel ceza üçte birden yarısına kadar indirilir.*

¹⁵ Mahmut KOCA, İlhan ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Hukuk, 2021, s.147

¹⁶ KOCA, ÜZÜLMEZ, s.156

¹⁷ ÖZGENÇ, s.242

¹⁸ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN, Pınar BACAĞIZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hüküm-

Somut olayda ise A'nın kastının varlığından söz edilemeyecektir. Elde edilen deliller, A'nın yargılama aşamalarında verdiği ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazına da konu olan beyanlarına göre suça konu sigaraların çantanın içinde olduğunu bilmemesi karşısında yukarıda açıklanan ve kastın varlığında aranan “bilmek” unsurundan bahsedilemeyecektir. Olağan hayat akışı içerisinde meydana gelebilecek hatalar nedeniyle ise kişinin kastından bahsedilemeyecektir.¹⁹ Özellikle somut olaydaki gibi, yerleştiği valizler içerisinde kaçak sigara olduğunu bilmeyen A'nın kasten hareket ettiği söylemek doğru olmayacaktır.

Nitekim kişinin suç teşkil eden fiili gerçekleştirirken, haksızlık muhtevasını belirleyen tüm unsurları bilmesi beklenir. Suçun tüm maddi unsurları kast kapsamında değerlendirildiğinden aksi halde kişinin kasten hareket ettiğinden bahsedilemeyecektir.²⁰ Yargıtay'ın bu konudaki uygulamalarına bakıldığında da kastın tespit edilmesi hususunda olayın özelliklerinin dikkate alındığı ve söz konusu özelliklerle birlikte olayın ayrıntılarının niteliğine göre bir değerlendirme yapıldığı görülmektedir.^{21 22} Öyle ki, hakim, failin kastının mevcudiyetine dair yapılan değerlendirmeler sonucunda bir kanısının olması, muhakeme sürecinde elde edilen deliller ile de söz konusu kastın ispatlanmış olması gerekir. Failin kastının şüpheye yer bırakmayacak şekilde ispat edilemediği durumlarda ise şüphenin devam etmesi sebebiyle fail, kasten hareket etmekle suçlanamayacaktır. Bu anlatılanlar sebebiyle A'nın ticari bir amaç gütmemesinden önce, kastı hususunda şüphenin bulunması ve şüpheden sanık yararlanır ilkesinin olaya uygulanması gerekliliği nedeniyle olayda söz konusu suçun tüm unsurlarıyla gerçekleştiği söylenemeyecektir.

Yerel mahkeme, her ne kadar A'nın mahkumiyetine yetecek delil olmayışı

ler, 12. Baskı, Seçkin Hukuk, 2021, s..260

¹⁹ Kaptan KILIÇ, Kaçakçılık Suçları ve Gümrük Kabahatleri, 1. Baskı, Seçkin Hukuk, 2022, s.232

²⁰ ÖZGENÇ, s.235

²¹ Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 24.03.2016 T., 2015/10459 E., 2016/3931 K., “...*Oluşa ve dosya kapsamına göre, hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen ...'ın, ... Bar isimli işyerinde güvenlik görevlisi olan sanığa, evinde bulundurma ruhsatlı silahını teslim ettiği, arama yapmak için kolluk görevlilerinin işyerine geldiğini gören ve bu silahı saklamaya çalışan sanığın, silahı taşıma ve bulundurma kastı olmadığı ve eyleminin TCK. nun 281. maddesinde tanımlanan suç delillerini gizlemeye teşebbüs suçunu oluşturduğu gözlemlenmeden yazılı şekilde hüküm kurulması...*”

²² Cengiz APAYDIN, Doğrudan Kast, Olası Kast, Basit Taksir ve Bilinçli Taksir Kavramları, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.133-134

ve şüpheden sanık yararlanır ilkesi uyarınca A'nın beraatine karar vermişse de Yargıtay 7. Ceza Dairesi, valizlerin sanık tarafından otobüse yüklendiği, valizlere sonradan yırtıldığı iddia edilen bagaj fişlerini yapıştırmanın A'nın görevi kapsamında kaldığı, söz konusu bagajlar üzerinde gözetim ve denetim yükümlülüğünün de A'da bulunması sebebiyle yerel mahkemenin verdiği beraat kararını bozar. Burada Özel Dairenin bozma gerekçelerinin şüpheden sanık yararlanır ilkesine uygunluğunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Öyle ki şüpheden sanık yararlanır ilkesinin ceza muhakemesindeki en önemli ilkelerden biri olmasının yanı sıra, bu ilke aynı zamanda Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun incelemeye konu kararında, özel daire kararını kaldırma gerekçesini de oluşturmaktadır.

Şüpheden sanık yararlanır ilkesi, soruşturma ve kovuşturma evrelerinde sanık lehine ve aleyhine olan delillerin toplanması sonrasında, sanığın suçu işlediği yönünde şüphe bulunması halinde, cezalandırılmamasını ifade eder. Sübut açısından oluşacak en ufak bir şüpheden, sanık yararlanacaktır. Dolayısıyla sanığın bir suçtan dolayı ceza alması, suçu işlediğine yönelik en ufak bir şüphenin bulunmamasına bağlıdır. Şayet bir olayın gerçekleşme şekli tam olarak aydınlatılamamış ve kuşkuluyorsa bu durumda olayların sanığın aleyhine yorumlanması şüpheden sanık yararlanır ilkesine aykırılık teşkil edecektir.²³ Öyle ki ceza muhakemesinin amacına ulaştığının söylenebilmesi için herhangi bir suçlama dolayısıyla yargılanan sanığın, söz konusu suçu işlediğine yönelik şüpheden uzak ve kesin delillerin bulunması, bu delillerin değerlendirilmesi ile hakkında herhangi bir şüpheye yer bırakmayacak şekilde mahkemede, kişinin suçu işlediğine yönelik kesin bir kanaat oluşmasına bağlıdır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.6 f.2²⁴ uyarınca “suçsuzluk karinesi” olarak adlandırılan ilke ile mahkemenin, muhakeme sırasında kullanılmasına izin verilen hukuki bütün yöntemleri kullandığı halde fail hakkındaki şüpheleri yenememesi durumunda sanığın lehine yorum yapması gerekir.²⁵

Yargı makamlarının, somut olayda verdikleri kararlar incelendiğinde yerel mahkemenin beraat kararını yerinde görmeyen Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin

²³ Cumhuriyet ŞAHİN, Neslihan GÖKTÜRK, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 12. Bası, Seçkin Hukuk, 2022 s. 21

²⁴ “AHİS m.6 f.2: Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.”

²⁵ Feridun YENİSEY, Ayşe NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Hukuk, 2021, s. 86

gerekçelerinin, şüpheden sanık yararlanır ilkesi uyarınca yorumlandığı söylenemeyecektir. Zira görevi gereği yolcuların bagajlarını alması gereken kişi A olmasına rağmen; bagajların içindeki maddenin hukuka aykırılık teşkil edip etmediğinin kontrolü A'nın değil güvenlik güçlerinin sorumluluk alanındadır. Hatta A'nın herhangi bir yolcunun çantasını, şüphelenerek kontrol etmesi durumunda cezai sorumluluğu söz konusu olacaktır. Nitekim kolluk güçlerinin dahi yetkili makamlardan usulüne uygun alınmış bir arama kararı olmaksızın arama yapma yetkisi bulunmazken, A'nın bagajlar üzerinde gözetim ve denetim yükümlülüğü olduğundan bahisle çantanın içeriği hakkında bilgisi olmasını beklemek ve bu beklentinin olumsuz sonuçlanmasından bahisle çantanın kendisine ait sayılması hukuka uygun olmayacaktır.

Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin bu kararına karşı oy kullanan Daire Üyesi, A'nın tüm bavullar ile birlikte kaçak sigara ele geçen bavula da fiş yapıştirarak bir suretini bavulun sahibine verdiğini ancak yüzüne bakmadığı için bavulun sahibini hatırlayamadığını, arama sırasında bagajlar indirilirken bazı bavulların fişlerinin yırtıldığı ve buna arama yapan jandarmanın da tanık olduğu, söz konusu bavulun da fişi yırtılanlardan biri olduğu savunması karşısında tanık olarak dinlenen zabıt mümzisi de A'nın beyanlarının doğru olabileceğini belirttiğinden, şüpheden sanık yararlanır ilkesi uyarınca, A'nın aşamalarda değişmeyen savunmaları göz önüne alınarak şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil olmadığından, yerel mahkemece verilen beraat hükmünün onanması gerektiğini belirtir.

Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 24.06.2021 tarihinde vermiş olduğu bir kararda²⁶ Irak'tan Türkiye'ye giriş yapmak üzere gümrük sahasına

²⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 24.06.2021 T., 2019/4 E., 2021/310 K.: "... Öte yandan amacı somut olayda maddi gerçeğe ulaşarak adaleti sağlamak, suç işlediği sabit olan faili cezalandırmak, kamu düzeninin bozulmasını önlemek ve bozulan kamu düzenini yeniden kurmak olan ceza muhakemesinin en önemli ve evrensel ilkelerinden birisi de öğreti ve uygulamada; "Suçsuzluk" ya da "Masumiyet karinesi" olarak adlandırılan kuralın uzantısı olan, Latince'de; "In dubio pro reo" olarak ifade edilen "Şüpheden sanık yararlanır" ilkesidir. Bu ilkenin özü, ceza davasında sanığın mahkûmiyetine karar verilebilmesi bakımından göz önünde bulundurulması gereken herhangi bir soruna ilişkin şüphenin, mutlaka sanık yararına değerlendirilmesidir. Oldukça geniş bir uygulama alanı bulunan bu kural, dava konusu suçun işlenip işlenmediği, işlenmişse sanık tarafından işlenip işlenmediği ve gerçekleştirilme biçimi konusunda şüphe belirmesi halinde de geçerlidir. Sanığın bir suçtan cezalandırılmasına karar verilebilmesinin temel şartı, suçun hiçbir şüpheye mahal bırakmayacak bir kesinlikle ispat edilebilmesidir. Gerçekleşme şekli şüpheli veya tam olarak aydınlatılmamış olay ve iddialar sanık aleyhine yorumlanarak mahkûmiyet hükmü kurulamaz. Ceza mahkûmiyeti, toplanan delillerin bir kısmına dayanılıp, diğer bir kısmı gözardı edilerek ulaşılan kanaate değil kesin ve açık bir ispata dayanmalı ve bu ispat,

gelen bir araç içerisinde yapılan aramada, yatağın altındaki dolapta, 24 adet 330 ml votka, 24 adet 330 ml viski, 13 şişe viski, 10 şişe viski, yatağın üzerindeki siyah torbalarda 8 karton sigara ve toplam 2,500 gr çayın bulunduğu olayda, sanığın aşamalarda alınan savunmasında suça konu içki, sigara ve çayları oğlunun düğünü olduğu için misafirlere ikram amaçlı getirdiği ve bu savunmayı doğrulayacak nitelikte düğün davetiyesi göstermesi karşısında, yerel mahkemenin verdiği mahkumiyet kararının temyiz edilmesiyle dosyayı inceleyen Yargıtay 7. Ceza Dairesi, sanığın suça konu eşyaları ticari amaçla bulundurduğuna ilişkin mahkumiyete yeter, şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği gerekçesiyle mahkumiyet kararını bozar. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın itirazı üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise, şüpheden sanık yararlanır ilkesi uyarınca kesin ve yeterli delil elde edilememiş olmasını gerekçe göstererek suçun unsurları itibariyle oluşmadığını kabul eder ve itirazı reddeder.

Aynı şekilde Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun verdiği 12.02.2019 tarihli bir kararda²⁷ da, sanığın, elinde bulunan poşetlerde ele geçirilen 120 paket kaçak ve bandrolsüz sigaraya ilişkin müdafisi olmaksızın kollukta verdiği ifadesinde her ne kadar satmak için aldığını beyan etmiş de kovuşturma evresinde, sigaraları ailesi ile içmek için aldığı savunması karşısında, sanığın mahkumiyetine yeterli her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmamış ve yerel mahkemenin verdiği mahkumiyet hükmü bozulmuştur.

Tüm bu anlatılanlar birlikte değerlendirildiğinde Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin valizler üzerindeki gözetim ve denetim yükümlülüğününün A'da olması ve A'nın bu görevi hakkıyla yerine getirmemesinden kaynaklı olarak

hiçbir şüphe veya başka türlü oluşa imkan vermeyecek açıklıkta olmalıdır. Yüksek de olsa ihtimale dayanarak sanığın mahkûmiyetine karar vermek, ceza muhakemesinin en önemli amacı olan gerçeğe ulaşmadan hüküm kurmak anlamına gelecektir."

²⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 12.02.2019 T., 2017/569 E., 2019/85 K.: "...Sanığın müdafisi hazır bulunmaksızın, kollukça alınan ifadesinde sigaraları satmak için aldığını beyan etmesine karşın kovuşturma evresinde, sigaraları ailesi ile birlikte içmek için aldığını savunması, müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifadesinin sanık tarafından mahkeme huzurunda doğrulanmaması nedeniyle CMK'nın 148. maddesinin 4. fıkrası uyarınca hükme esas alınmasının mümkün olmaması ve ele geçen sigaraların miktar itibarıyla ticari mahiyet arz etmemesi hususları birlikte değerlendirildiğinde; sanığın, sigaraları kendisi ve ailesinin kullanımı için aldığına dair savunmasının aksine ticari amaçla bulundurduğuna ilişkin mâhkumiyetine yeterli, her türlü şüpheden uzak kesin ve inandırıcı delil bulunmadığının kabul edilmesi gerekmektedir. Bu itibarla, Yerel Mahkemenin direnme kararına konu hükmünün, sanığın atılı suçtan beraati yerine mahkûmiyetine karar verilmesi isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmelidir..."

mahkumiyetine karar verilmesi gerekçesi, şüpheden sanık yararlanır ilkesi ile gelişmektedir.

3. Somut olayda bagaj fişinin yapılandırılmasının unutulmuş olması ihtimalinde A'nın cezai sorumluluğunun olup olmadığının belirlenebilmesi açısından ilk olarak unutmanın, harekete yönelik bir ihmali mi yoksa manevi unsura yönelik bir taksir mi olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. İhmali davranış, kişinin belirli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün bulunduğu durumlarda kaynağını hukuk kurallarından alan bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi olarak gerçekleşmektedir. Davranış normlarından ileri gelen bu icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi başlı başına bir haksızlık teşkil edecektir. Nitekim bu haksızlıkların büyük bir kısmı Türk Ceza Kanunu'nda suç olarak tanımlanarak koruma altına alınmıştır.²⁸ İhmali suçlar, doktrinde gerçek ihmali suç ve görünüşte ihmali suç olarak ayrılmaktadır. Gerçek ihmali suçlar, kişinin belirli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğüne rağmen neticeyi önleme noktasında bir teminat yükümlülüğü altında bulunmadığı veya neticenin gerçekleşmesinin zaruri olmadığı durumlarda söz konusudur. Görünüşte ihmali suçlar ise kişinin, teminat yükümlülüğünü kasten yerine getirmemesi halinde oluşan netice bakımından sorumlu tutulmasıdır.^{29 30}

Her ne kadar uygulamada taksirli icrai suç ile kasten işlenen görünüşte ihmali suçlar açısından kavram karmaşasının yaşandığı görülse de ihmali davranış, hareketin bir tezahürü olduğundan hem kasten hem de taksirle işlenebilmektedir. Taksir ise suçun manevi unsurları arasında değerlendirildiğinden icrai davranışın da ihmali davranışın da taksirle işlenebilmesi mümkündür.³¹ Dolayısıyla ihmali, haksızlığın hareket unsuruna ilişkin; taksir haksızlığın manevi unsuruna ilişkindir. Taksirde kişinin üstlendiği yükümlülüğe uymaması söz konusuyken; ihmalde kişinin üstlendiği teminat yükümlülüğünü yerine getirmemesi söz konusudur. Burada yükümlülüğe uymamak ile yükümlülüğü yerine getirmemek aynı nitelikteki davranış normlarını ifade etmemektedir. İhmalin, davranış normları açısından

²⁸ ÖZGENÇ s.391-392

²⁹ ÖZGENÇ s.395

³⁰ İzzet ÖZGENÇ, İhmali Suç Teorisi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXV, (4) Y. 2021, s.308

³¹ Rahime ERBAŞ, İcrai veya İhmali Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 21 (1),2019, s.433-434

yükümlülüğü, taksirdeki yükümlülüğe göre daha yoğundur.³²

Tüm bu açıklamalar birlikte değerlendirildiğinde, somut olayda A'nın, bagaj fişi yapıştırma yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması ihmali bir davranış teşkil etmektedir. Ayrıca bu ihmali davranışı dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranmayı unutarak gerçekleştirdiğinden taksirle işlediğinden bahsedilebilir. Yukarıda da bahsedildiği üzere kişinin yüklendiği yükümlülüğü yerine getirmemesi başlı başına bir haksızlık teşkil etse de bu haksızlığın TCK'da veya diğer sair kanunlarda düzenlenmiş olması halinde suç olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Zira her suç bir haksızlık teşkil etmesine rağmen her haksızlık bir suç teşkil etmemektedir. Ancak burada öncelikle suça konu fiilin tipikliğe uygun bir fiil olduğundan emin olunması gerekir. A'nın bu fiili işleminin üstüne, tipikliğinin gerçekleştiğinden bahsedebilmesi için, kastının varlığı gerekmektedir. Kanun koyucunun, suç tipinde amaç unsuruna yer verdiği durumlarda suçun birinci dereceden doğrudan kastla işlenmesi gerekir.³³ Bu suçun olası kastla işlenmesi mümkün olmadığı gibi taksirle işlenmesi evleviyetle mümkün değildir. Dolayısıyla A'nın bagaj fişi takmayı unutması başka bir deyişle yükümlülüğüne aykırı davranarak ihmali bir harekette bulunması dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir davranışla başka bir deyişle taksirle gerçekleştiğinden suçun tipikliğinin söz konusu ihtimalde olduğundan bahsedilemeyecektir.

4. Olayda bagaj fişinin kasten takılmaması ihtimalinde A, üstlendiği yükümlülüğü suç işleme kastıyla yerine getirmeyecektir. Burada yukarıda yapılan açıklamalarla birlikte değerlendirildiğinde başlı başına A'nın bagajlara fiş yapıştırmaması suç teşkil etmese de suç işlemek, bir suça iştirak etmek, suçun işlenişini kolaylaştırmak veya faili gizlemek vb. kastıyla gerçekleştirilen hareketler suç teşkil edecektir.

Birinci ihtimal, valizin A'nın olmasıdır. Bu ihtimalde A valizin kendisinin olduğunu gizlemek amacıyla söz konusu valize fiş takmayacaktır. Bu durumda ticari amacının da saptanması halinde A, 5607 sayılı kanun m.3 f.18 uyarınca “bulundurma” veya “nakletme” fiillerinden somut olayın koşullarına göre sorumlu tutulacaktır.

İkinci ihtimal, valiz A'nın olmamakla birlikte A, valizin içeriğinden

³² ERBAŞ, s.437

³³ Mehmet Cemil OZANSÜ, Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk, 1. Baskı, Seçkin Hukuk, İstanbul, 2007, s.139-140-141

haberdardır ve iştirak iradesi içerisinde hareket etmektedir. Bu ihtimalde de A'nın ticari amacının olması halinde ilk ihtimalde olduğu gibi A'nın 5607 sayılı kanun uyarınca sorumlu tutulması gerekecektir.

Üçüncü ihtimal, valiz A'nın olup ticari amaçla değil kişisel kullanım amacıyla söz konusu kaçak sigaraların naklini gerçekleştirmek ister bu sebeple valize fiş takmaz. Burada her ne kadar 5607 sayılı Kanuna muhalefetten sorumlu tutulmasa da Türk Ceza Kanunu m.165 uyarınca sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Bu ihtimale ilerleyen aşamalarda detaylıca değinileceğinden açıklamalar bu bölümde sınırlı tutulmaktadır.

Tüm bu açıklamalar birlikte değerlendirildiğinde, A'nın valizlere fiş takmayı kasten ihmal etmesi başlı başına 5607 sayılı kanuna muhalefet suçunu oluşturmamaktadır. A'nın fiş takmamaya yönelik kasıtlı hareketinin, 5607 sayılı kanun m.3 f.18'de belirtilen ticari amaca yönelik olması ihtimalinde bu suçun oluştuğundan veya ticari amaca yönelik olmaması halinde Türk Ceza Kanunu m.165 uyarınca suçun oluşabileceğinden bahsedilir.

5. 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu m.3 f.18 gereğince aranan "ticari amaç" kavramından ne anlaşılması gerektiği ve ticari amacın sınırlarının ne olduğunun belirlenmesi karara konu olayların çözümlenmesinde önem teşkil etmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, karara konu olayda yaptığı incelemede, failin 5607 sayılı kanun m.3 f.18'de belirtilen seçimlik hareketleri gerçekleştirirken ticari bir amaçla hareket etmesini aramış, ancak ticari amaç kavramından ne anlaşılması gerektiği kanunda belirtilmediğinden açıklama yoluna gitmiştir. Genel Kurula göre, ticari amaç, kaçakçılık suçlarının birçoğunda aranan bir manevi unsur olup maddi bir menfaat elde etme çabasıdır. Fail, şayet maddi menfaat dışında bir amaç aramaktaysa ilgili suç oluşmayacaktır.³⁴ Ticari amacın olmaması veya ticari kazanç dışında başka bir amacın varlığı halinde söz konusu suç meydana gelmeyecektir. Örneğin failin acıyarak veya herhangi bir yardım etme amacı güderek seçimlik hareketlerden birini gerçekleştirmesi halinde diğer koşullarının oluşmasına bağlı olarak iştirak iradesi aranabilir. Ticari amaç olmaksızın kişisel kullanım sınırında kalan fiiller, ilgili suçun oluşumuna sebebiyet vermeyecektir.³⁵

³⁴ Erdener YURTCAN, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Şerhi, 6. Bası, Seçkin Hukuk, 2019, s.64

³⁵ Dilara ŞAHİN, 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunundaki İthalat Kaçakçılığı Suçları ve Kabahatleri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul, 2011 s.68

Genel olarak ticari amacın sınırlarının belirlenebilmesi için Yargıtay'ın aradığı koşullara bakılacak olursa, Yargıtay 02.12.2021 tarihinde verdiği bir kararında³⁶ ele geçirilen 43 paket sigaranın kişisel kullanım sınırları içerisinde kaldığını belirtmiştir. Nitekim 01.12.2021 tarihli bir kararında³⁷ da sanığın sevk ve idaresindeki araçtan 9 karton sigara çıkması karşısında failin suç konusu eşyaları ticari amaçla bulundurduğuna dair şüpheden uzak delillere rastlanmadığından beraatine karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Aynı tarihli bir başka kararında³⁸ da siyah bir poşet içerisinde ele geçirilen 199 paket (yaklaşık 20 karton) sigaranın da miktar itibarıyla kişisel kullanım sınırları içerisinde kaldığını belirtmiştir. Ancak 30.11.2021 tarihinde verilen bir kararında³⁹ 25 karton sigaranın “dairenin yerleşik uygulamaları göz önüne

³⁶ Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 02.12.2021 T., 2021/6666 E., 2021/16272 K.: “... *Olay tutanağı ve dosya kapsamına göre, gelen ihbar üzerine mahkemeden alınan arama kararına istinaden sanığın ikametinde yapılan aramada 43 paket kaçak sigara ele geçirilmesi şeklinde gerçekleşen olayda; sanığın aşamalarda savunmalarında, suça konu sigaraları içmek için aldığı beyan etmesi ve ele geçirilen sigaraların kişisel kullanım sınırları içinde kalması karşısında, eşyanın ele geçiriliş şekli ve yakalanan eşya miktarına nazaran sanığın savunmasının aksine suça konu sigaraları ticari amaçla bulundurduğuna ilişkin cezalandırılmasına yeterli, her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği gözetilerek, müsnet suçtan beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi...*”

³⁷ Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 01.12.2021 T., 2021/6370 E., 2021/16264 K.: “... *İhbar üzerine sanığın sevk ve idaresindeki araçta 9 karton kaçak sigara ele geçirilen olayda; dosya kapsamı ile sanığın yargılama aşamasındaki savunmasında dava konusu sigaraları içmek için ve hediye etmek için aldığı beyan etmesi karşısında, yakalanan eşya miktarına nazaran sanığın savunmasının aksine ele geçen sigaraları ticari amaçla bulundurduğuna ilişkin cezalandırılmasına yeterli, her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği gözetilerek beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine kararı verilmesi...*”

³⁸ Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 01.12.2021 T., 2021/6468 E., 2021/16138 K.: “...*Olay tarihinde sanığın siyah poşette 199 paket kaçak sigara ele geçirilmesi şeklinde gerçekleşen olayda, sanığın aşamalarda değişmeyen savunmalarında dava konusu eşyaları kişisel kullanımı amacıyla aldığı beyan etmesi ve ele geçen kaçak eşyaların miktar itibarıyla kişisel kullanım sınırlarında kaldığının anlaşılması karşısında, dava konusu kaçak sigaraların sanık tarafından ticari amaçla bulundurduğuna ilişkin cezalandırılmasına yeterli, savunmasının aksine her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği gözetilerek beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyet kararı verilmesi...*”

³⁹ Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 30.11.2021 T., 2021/22404 E., 2021/16013 K.: “...*Bölge Adliye Mahkemesince; ele geçirilen eşya miktarına ve savunma içeriğine göre sanığın ticari amacının bulunmadığı gerekçesiyle ilk derece mahkemesi tarafından sanık hakkında kurulan mahkumiyet hükmünün kaldırılarak sanık hakkında beraat kararı verilmiş ise de; olay tarihinde sanığın yolcusu bulunduğu otobüste önleyici arama kararı ile yapılan aramada sanığa ait 25 karton kaçak sigara ele geçirilmesi şeklinde gerçekleşen olayda, Dairemizin yerleşik uygulamasına göre dava konusu 25 karton kaçak sigaranın ticari miktar ve mahiyette olup kişisel kullanım sınırının dışında kalması karşısında, sanığın ticari amaçla kaçak sigara bulundurduğunun kabulü ile mahkumiyetine karar verilmesi gerekirken,*

alınarak kişisel kullanım sınırının üzerinde” olduğunu belirtmiştir.

Yargıtay’ın vermiş olduğu kararlar incelendiğinde her ne kadar ele geçirilen miktar önemli bir kriter teşkil etse de başkaca unsurların da miktardan bağımsız olarak ele alındığını gösteren 29.11.2021 tarihli kararında⁴⁰ ele geçirilen sigara miktarı diğer kararlarda kişisel kullanım sınırında kalabilecek bir miktar olsa da (68 paket), sanığın “Tütüncü” isimli işyerini işletiyor olması, sigaraların masanın üzerinde ele geçirilmesi, işyerinin ticari işletme niteliğinde olması karşısında failin, kişisel kullanım amacıyla değil ticari amaçla kaçak sigara bulundurduğunu kabul etmiştir. Aynı yönde 22.11.2021 tarihli kararında⁴¹ sanığın işlettiği büfenin çekmecelerinde 80 paket bandrolsüz ve kaçak sigara, 19 paket kaçak nargile tütünü ve 47 paket içi kıyılmış tütün ile doldurulmuş sigara ele geçirilmiş, sanık ticari amacının bulunmadığını belirtmişse de sigaraların masanın çekmecesinde ele geçirilmesi ve iş yerinin ticari işletme niteliğinde olması sebebiyle failin, ticari amacının var olduğu kabul edilmiştir. Nitekim 27.10.2021 tarihli bir kararda⁴² ele geçirilen sigara

suçtan kurtulmaya yönelik beyanına itibarla yazılı şekilde beraatine karar verilmesi...”

⁴⁰ Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 29.11.2021 T., 2021/2990 E., 2021/15812 K.: “...*Dosya kapsamına göre, ihbar üzerine, sanığın işlettiği Tütüncü isimli iş yerinde yapılan kontrolde masanın üzerinde görünür vaziyetteki suç konu toplam 68 paket bandrolsüz ve kaçak sigara ele geçirildiği, sanık aşamalarda dava konusu eşyayı kendi ihtiyacı için ticari kasıt ile bulundurmadığı yönünde savunmada bulunmuş ise de, gerek sigaraların masanın üzerinde ele geçirilmesi, gerekse iş yerinin ticari işletme niteliğinde olması karşısında, sanığın ticari amaçla bandrolsüz ve kaçak sigara bulundurmamak şeklinde gerçekleşen ve sübut bulan eyleminin 6545 sayılı Yasa ile değişik 5607 sayılı Yasanın 3/18-son cümle delaletiyle anılan Yasanın 3/5., 3/10. madde ve fıkralarında düzenlenen suç oluşturduğu gözetilerek mahkumiyeti yerine, suçtan kurtulmaya yönelik savunmalara itibar edilmek ve delillerin takdirinde yanılıya düşülmek suretiyle yazılı şekilde hüküm kurulması...*”

⁴¹ Yargıtay 7 Ceza Dairesi, 22.11.2021 T., 2020/3883 E., 2021/15211 K.: “...*Dosya kapsamına göre, işyerinde sigara sattığı bilgisi üzerine, sanığın işlettiği Diyar Büfe isimli iş yerinde usulüne uygun olarak yapılan aramada çekmecelerde dava konusu toplam 80 paket bandrolsüz ve kaçak sigara, 19 paket kaçak nargile tütünü ve 47 paket içi kıyılmış tütün ile doldurulmuş sigara ele geçirildiği, sanık dava konusu eşyayı kendi ihtiyacı için ticari kasıt ile bulundurmadığı yönünde savunmada bulunmuş ise de, gerek sigaraların masanın çekmecelerinde ele geçirilmesi, gerekse iş yerinin ticari işletme niteliğinde olması karşısında, sanığın ticari amaçla bandrolsüz ve kaçak sigara bulundurmamak şeklinde gerçekleşen ve sübut bulan eyleminin 6545 sayılı Yasa ile değişik 5607 sayılı Yasanın 3/18. maddesinde düzenlenen suç oluşturduğu gözetilerek mahkumiyeti yerine, suçtan kurtulmaya yönelik savunmalara itibar edilmek ve delillerin takdirinde yanılıya düşülmek suretiyle yazılı şekilde hüküm kurulması...*”

⁴² Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 27.10.2021 T., 2021/1894 E., 2021/14558 K. : “...*Sanığın başka bir suç işlediği şüphesiyle usulüne uygun olarak alınan arama kararı üzerine marketinde yapılan aramada, arama konusuyla ilgisi olmayan ancak başka bir suçun delili olması bakımından CMK’nun 138. maddesi uyarınca market tez-*

miktarı 3 kartondan ibaret olmasına rağmen sanığın işlettiği market tezgahının altında sigaraların ele geçirilmesi, yakalanış şekli ve market olarak işletilen iş yerinde yakalanmış olması birlikte değerlendirildiğinde sanığın ticari amacı olduğun kanaatine ulaşılmıştır. Buna benzer 19.10.2021 tarihli bir kararında⁴³ ele geçirilen 6 paket kaçak sigaranın, sanığın ticari amaçla işlettiği büfede ele geçirilmiş olması gerekçe gösterilerek sanığın, ticari amacı olduğu kanaatine ulaşılmıştır.

Tüm bu kararlar birlikte değerlendirildiğinde Yargıtay'ın ticari amacın varlığını ölçmek için kullandığı kriterlerden ilkinin, ele geçirilen ve suçta konu ürün miktarı olduğunu söylemek gerekecektir. Ancak özellikle ticari bir işletmede ele geçirilen kaçak ve bandrolsüz sigaralar açısından miktarın azlığı, kişisel kullanım sınırları içinde sayılması için karine teşkil etmezken aksine ticari bir işletmede ele geçirilmesi, ticari amacın varlığı için önemli bir kriter teşkil etmektedir. Ele geçirilen suçta konu eşyaların ticari amaç güden bir işyerinde ele geçirilmesi, iş yerinin tütün mamulü satılan bir yer olması, yakalanış yeri, dışarıdan bakıldığında masa üzerinden açıkça görülmesi⁴⁴ vb. koşullar ticari amacın varlığının saptanması açısından önem teşkil etmektedir.

Olay açısından yapılacak değerlendirmede ise ele geçirilen 113

gahının altından 3 karton kaçak sigara ele geçirilmesi şeklinde gerçekleşen olayda; Sigaraların bulunduğu yer, yakalanış şekli, market olarak işletilen iş yerinde yakalanmış olması hususları birlikte değerlendirildiğinde, ticari amaçla söz konusu eşyayı bulundurduğu sabit olan sanığın mahkumiyeti yerine yerinde görülmeyen gerekçeyle beraatine karar verilmesi...”

⁴³ Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 19.10.2021 T., 2021/2403 E., 2021/12926 K.: “...*Olay günü sanığın işyerinde kaçak sigara satıldığına yönelik gelen isimsiz ihbar üzerine usulüne uygun olarak yapılan yasal arama neticesinde, tezgahın çekmesinde 6 paket kaçak sigara ele geçirilmiş olup, her ne kadar atılı suçu işlediğine dair her türlü şüpheden uzak kesin ve inandırıcı delil elde edilmemediği gerekçe gösterilerek sanığın beraatine karar verilmiş ise de, sigaraların sanık tarafından işletilen büfede ele geçirilmiş olması hususları nazara alındığında dava konusu kaçak sigaraların ticari amaçla bulundurulduğu gözetilerek, sanığın atılı suçtan mahkumiyeti yerine yazılı şekilde beraatine karar verilmesi...”*

⁴⁴ Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 13.10.2021 T., 2021/1749 E., 2021/12474 K.: “...*Dosya kapsamına göre, kolluk görevlilerinin yapmış olduğu çalışmalar sırasında, sanığın işlettiği tütünçü olarak faaliyet gösteren işyerinin önünden geçildiği esnada dışarıdan bakıldığında masa üzerinde açıkça görülen dava konusu bandrolsüz ve kaçak sigaraların ele geçirildiği olayda, her ne kadar sanık dava konusu eşyayı kendi ihtiyacı için aldığını ve ticari kasıt ile bulundurmadığını savunmuş ise de; gerek yapılan kontrol sırasında masa üzerinde sigara ele geçirilmesi, gerekse iş yerinin tütün mamulü satılan ticari işletme olması karşısında, sanığın ticari amaçla bandrolsüz ve kaçak sigara bulundurma şeklinde gerçekleşen ve sübut bulan eyleminin 6545 sayılı Yasa ile değişik 5607 sayılı Yasanın 3/18. maddesi delaleti ile 3/5-10. madde ve fıkralarında düzenlenen suçu oluşturduğu gözetilerek mahkumiyeti yerine yazılı şekilde hüküm kurulması...”*

karton sigaranın Yargıtay'ın yerleşik içtihatları dikkate alındığında kişisel kullanım sınırının oldukça üstünde bir miktar olduğunu söylemek mümkündür. Her ne kadar A'nın olaya ilişkin kastından bahsedilemese de kastının varlığı ihtimalinde ticari amacının olduğu, miktar da göz önüne alındığında söylenebilecektir.

6. A'nın suça konu valizin içindeki kaçak sigaraları bilerek otobüse yüklemesi ihtimalinde yukarıda aktarıldığı ölçüde bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Öyle ki A'nın suça konu sigaraları bilerek otobüse kabul etmesi, ticari bir amaç içermekteyse zaten 5607 sayılı kanun m.3 f.18 uyarınca sorumlu tutulacaktır. A'nın söz konusu suçun faili olabilmesi için bagajdaki sigaraların varlığını bilmesi, yukarıdaki örneklerde olduğu gibi hatır, koruma, acıma gibi dürtülerle de mümkün olabileceğinden ticari amacının olduğunun, şüpheden uzak, yeterli ve kesin delillerle ispat edilmesi gerekmektedir. Amaç, geniş bir ifadeyle failin, fiili işleyerek ulaşmak istediği hedef olarak tanımlandığından⁴⁵ amaç unsurunun suçun tanımı sırasındaki konma hedefine bakılması gerekmektedir. Öyle ki bir suç tanımında amaç unsuruna yer verilmesi halinde, tipik bir hareketi kasıtlı olarak gerçekleştiren failde, kasta ek olarak aranan bir amaç unsuru da bulunmaktadır.⁴⁶ Amaç, suçun subjektif unsurlarından birini oluşturduğundan failin, yalnızca suçun manevi unsurlarını oluşturan kastla değil suç tipinde aranan amaçla da hareket etmesi gerekir. Her ne kadar Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun kararında da "amaç", özel kast olarak nitelendirilse de 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda "amaç" kastın bir türü olarak düzenlenmediğinden kanun koyucunun 5607 sayılı kanun m.3 f.18'de aradığı amaç unsuru özel kast olarak değil suçun manevi unsurlarından biri olarak kabul edilmelidir.

Bu aşamada da A'nın ticari amacının oluşuna göre ihtimaller üzerinden değerlendirme yapmak gerekecektir.

Birinci ihtimalde, A'nın 5607 sayılı kanun m.3 f.18'de tanımlanan suçu işlemeye yönelik kastı vardır. A'nın bunu ticari bir amaçla yapması ihtimalinde suç tüm unsurları ile oluşacaktır.

İkinci ihtimalde, A suça konu valizin içindekileri ve sahibini bilmiyorsa herhangi bir cezai sorumluluğundan bahsedilemeyecektir.

⁴⁵ KOCA, ÜZÜLMEZ, s..251

⁴⁶ Burak KILIÇ, Suçun Manevi Unsuru Olarak Amaç ve Saik, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Ceza ve Ceza Muhakemesi Bilim Dalı, 2020, s.36-37

Üçüncü ihtimalde, A, ticari amacı olmaksızın, kişisel kullanım amacıyla sigaraları valiz ile araca yüklemiştir. Burada ticari amacından bahsedilemeyeceğinden 5607 sayılı kanun m.3 f. 18 uyarınca sorumlu tutulamayacaktır.

Dördüncü ihtimalde, valiz A'ya ait değildir. Ancak A, söz konusu valizin içindeki suça konu sigaraları biliyor fakat ticari amaç gütmeksizin hatır, acıma vb. duygularla sessiz kalıyordur. Böyle bir durumda şeriklerin, suçun oluşması için fail ile aynı amaca sahip olmasının gerekip gerekmediğinin belirlenmesi gerekir. Öyle ki şerikin, fail ile aynı amacı taşımasının gerektiği düşünülürse suç düzenlenmesinde aranan “amaç” unsuruna sahip olmayan hiçbir şerik cezalandırılmayacaktır. Şerikin amacının farklı olması ya da bir amacı olmaksızın hatır, acıma vb. duygularla hareket etmiş olması cezasız kalmasına sebebiyet verecektir.

Şerikin sorumluluğunun doğması için failde aranan “amaç” unsuruyla hareket etmesi beklenmemektedir. Failin suç tipinde düzenlenen amaç ya da saike sahip olması, şerikin de bunu bilerek hareket etmesi, cezalandırılmaları açısından yeterlidir.⁴⁷

Somut olayda da A'nın söz konusu sigaraların ticari amaçla ve 5607 sayılı Kanun m.3 f.18'de belirtilen seçimlik hareketlerden biri ile gerçekleştirildiğini bilmesine rağmen, ticari amacı olmasa da sessiz kalması ihtimalinde, suçun işlenişini kolaylaştırdığından şerik olarak yardım eden sıfatıyla sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

Beşinci ihtimalde, A söz konusu sigaraların ticari amaçla ülkeye sokulduğunu bilerek ancak ticari amacı olmaksızın, kişisel kullanım maksadıyla failden satın alır ve valize koyar. Her ne kadar yukarıda verilen Yargıtay kararlarından anlaşılacağı üzere 5607 kanun kapsamında, kişisel kullanımla sınırlı kalan bu fiil cezalandırılmasa da bu ihtimalde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m.165⁴⁸ uyarınca düzenlenen “Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi” suçunun oluşup oluşmayacağı tartışılmalıdır. Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunda, bir suçun işlenmesi sonucu ele geçirilen bir eşya veya malvarlığı değeri, herhangi bir iştirak iradesi göstermeksizin kanun metninde belirtilen seçimlik hareketle işlendiği takdirde,

⁴⁷ Ali Tanju SARIGÜL, Suça İştirak, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.208, 209

⁴⁸ “Madde 165- Bir suçun işlenmesiyle elde edilen eşyayı veya diğer malvarlığı değerini, bu suçun işlenmesine iştirak etmeksizin, satan, devreden, satın alan veya kabul eden kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”

5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu m.3 f.18’de düzenlenen suç tipinin aksine failde ayrıca bir ticari amacın olması aranmamaktadır.⁴⁹ Dolayısıyla bu ihtimalde A’nın, Türk Ceza Kanunu m.165 uyarınca sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

Yukarıda bahsedildiği şekilde kanun koyucunun, suç tipinde amaç unsuruna yer vermesindeki esas sebep, faildeki sübjektif unsurlara, kastın yanı sıra ayrıca bir amaç unsuru ekleyerek suçun uygulama alanını daraltmaktır. Madde metnindeki seçimlik hareketler, her ne kadar benzerlik arz ediyor olsa da burada kanun koyucunun amaç unsuruna bilerek yer verdiği ve buna bağlı olarak madde metninin uygulanmasını, bilinçli olarak daraltma iradesi gösterdiği göz önünde tutulduğunda, kanaatimce kanun koyucunun iradesine uygun hareket edilmesi gerekmektedir.

⁴⁹ Murat AYDIN, 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Çerçevesinde Kaçakçılık Fiilleri ve Yaptırımları, Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bilim Dalı, 2011, s.172

KAYNAKÇA

- Ali Tanju SARIGÜL, Suça İştirak, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022
- Alper Yükselen BİKİRLİ, Seyfettin ÇİLESİZ, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Açıklaması, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022
- Burak KILIÇ, Suçun Manevi Unsuru Olarak Amaç ve Saik, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Ceza ve Ceza Muhakemesi Bilim Dalı, Ankara, 2020
- ANDİDE ŞENTÜRK, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda Yer Alan İthalat Kaçakçılığı Suçları, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İzmir, 2016
- Cengiz APAYDIN, Doğrudan Kast, Olası Kast, Basit Taksir ve Bilinçli Taksir Kavramları, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021
- Cumhur ŞAHİN, Neslihan GÖKTÜRK, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 12. Bası, Seçkin Hukuk, Ankara, 2022
- Dilara ŞAHİN, 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunundaki İthalat Kaçakçılığı Suçları ve Kabahatleri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul, 2011
- Erdener YURTCAN, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Şerhi, 6. Bası, Seçkin Hukuk, 2019
- Feridun YENİSEY, Ayşe NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Hukuk, Ankara, 2021
- İzzet ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Seçkin Hukuk, Ankara, 2022
- İzzet ÖZGENÇ, İhmalî Suç Teorisi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXV, (4) Y. 2021, s. 303-378
- Kaptan KILIÇ, Kaçakçılık Suçları ve Gümrük Kabahatleri, 1. Baskı, Seçkin Hukuk, Ankara, 2022
- Mahmut KOCA, İlhan ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Hukuk, Ankara, 2021

- Mahmut KOCA, İlhan ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022
- Mehmet Cemil OZANSÜ, Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk, 1. Baskı, Seçkin Hukuk, İstanbul, 2007
- Murat AYDIN, 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Çerçevesinde Kaçakçılık Fiilleri ve Yaptırımları, Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bilim Dalı, 2011
- Mustafa AVCI, Erdal YERDELEN, Karar İncelemesi- Garantörsel İhmali Suçta İhmali ve İcrai Davranış Ayırımı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XIX (1), 2015, s.163-190
- Orbay Bahri ULGAR, Yargıtay Kararları Işığında Sigara Kaçakçılığı Suçu, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 16(1), 2021, s.379-426
- Rahime ERBAŞ, İcrai veya İhmali Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespit Meselesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 21 (1),2019. s.397-449
- Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN, Pınar BACAKSIZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Hukuk, Ankara, 2021
- Yusuf ERGİN, 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Kapsamında Kaçakçılık Suçları, İstanbul Aydın Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ekim 2019

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu

www.karararama.com

www.lexpera.com

Mahkeme Kararları:

- Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 12.10.2021 T., 2019/128 E., 2021/464 K
Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 24.06.2021 T., 2019/4 E., 2021/310 K.
Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 12.02.2019 T., 2017/569 E., 2019/85 K
Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 02.12.2021 T., 2021/6666 E., 2021/16272 K
Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 01.12.2021 T., 2021/6370 E., 2021/16264 K
Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 01.12.2021 T., 2021/6468 E., 2021/16138 K
Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 30.11.2021 T., 2021/22404 E., 2021/16013 K
Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 29.11.2021 T., 2021/2990 E., 2021/15812 K
Yargıtay 7 Ceza Dairesi, 22.11.2021 T., 2020/3883 E., 2021/15211 K
Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 27.10.2021 T., 2021/1894 E., 2021/14558 K
Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 19.10.2021 T., 2021/2403 E., 2021/12926 K
Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 13.10.2021 T., 2021/1749 E., 2021/12474 K
Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 24.03.2016 T., 2015/10459 E., 2016/3931 K

**ALDATILAN EŞİN MANEVİ TAZMİNAT TALEBİ İLE KİŞİLİK
HAKKININ İHLALİ ARASINDAKİ İLİŞKİ ÜZERİNE BİR
DEĞERLENDİRME**
**(YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİNİN E. 2015/15032, K. 2019/35
SAYILI KARARI*)**

*An Examination on The Relationship Between The Cheated Spouse's
Requests Of Non-Pecuniary Damages and The Violation of Personal
Rights (A Review of The Judgment (E. 2015/15032, K. 2019/35) of The 4th
Civil Chamber of The High Court Of Appeal)*

Huriye Reyhan DEMİRCİOĞLU**

Özet

Çalışmamızın konusunu oluşturan Yargıtay 4. Hukuk Dairesi kararı, zina yapan eşin partnerine yöneltilen tazminata dair olmakla birlikte, kararda yerel mahkemenin kararının bozulmasına sebep olan hususun evli kişiyle yaşanan cinsel birlikteliğe ilişkin video kaydının davacıya gönderilmesi olduğu anlaşılmaktadır. Bu itibarla, çalışmamızda öncelikle doktrin ve uygulamada aldatılan eş tazminatı olarak bilinen tazminata dair 06.07.2018 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nın genel bir değerlendirmesi yapılmıştır. Bu değerlendirme yapılırken doktrindeki hâkim görüşle uyumuna işaret ettiğimiz İçtihadı Birleştirme Kararını, özellikle aldatılan eşin kişilik hakkı meselesini tüm yönleriyle yeterince tartışmadığı gerekçesiyle eleştirmiş olsak da, çalışmamızın asıl konusunu oluşturan 4. Hukuk Dairesi'nin 2015/15032 tarih ve 2019/35 sayılı kararı tarafımızca isabetli bulunmuştur. 4. Hukuk Dairesi'nin kararı, ilgili İçtihadı Birleştirme Kararı'nda bahsi geçen "üçüncü kişinin doğrudan aldatılan eşin kişilik değerlerine yönelik hukuka aykırı bir fiilde bulunması durumunu" somutlaştıran, isabetli ve özellikle uygulamaya yol gösterici nitelikte bir karardır.

Anahtar Kelimeler: *Aldatılan Eş Tazminatı, Kişilik Hakkı, Zina, Video Görüntüleri, Matufiyet*

* Bkz. Legalbank elektronik veri bankası, <https://legalbank.net/belge/y-4-hd-e-2015-15032-k-2019-35-t-14-01-2019-kisilik-haklarina-saldiri-nedeni-ile-manevi-zararin-tazmi/3374280/video>

* Doç. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi,
e-posta: reyhan.demircioglu@hbv.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5934-5623)

Abstract

The decision of the 4th Civil Chamber of the Supreme Court, which constitutes the subject of our study, is about the compensation directed to the partner of the adulteress. In the decision, it is understood that the issue which caused the local court's decision to be reversed was the sending of the video recording of the sexual intercourse with the married person to the plaintiff. In this respect, in our study, first of all, a general evaluation of the Judgment of the High Court of Appeal, dated 06.07.2018, on the compensation known as the compensation for cheated spouse in doctrine and practice, has been made. While we were making this evaluation, although we criticized the decision on the unification of conflicting judgments, which we pointed out to be compatible with the prevailing opinion in the doctrine, on the grounds that it did not adequately discuss the personality rights of the deceived spouse in all its aspects, the decision of the 4th Civil Chamber, dated 2015/15032 and numbered 2019/35, which constitutes the main subject of our study, is eligible in our opinion. The decision of the 4th Civil Chamber is an accurate and particularly guiding decision, embodying the "case of the third party committing an unlawful act against the personality values of the spouse who was directly cheated on" mentioned in the relevant decision on the unification of conflicting judgments.

Keywords: Compensation for Cheated Spouse, Personal Rights, Adultery, Video Footage, Intentionality

I. GİRİŞ

A. DEĞERLENDİRMEYE KONU KARARIN ÖZETİ:

"... Dava, kişilik haklarına saldırı nedeni ile uğranılan manevi zararın ödetilmesi istemine ilişkindir. Mahkemece, istemin tümünden reddine karar verilmiş, karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir:

Davacı, eşinin kendisini davalı ile aldattığını, dava dışı eşi ile davalının cinsel birlikteliklerini kayıt altına aldıklarını, davalının kadınlık gururunu incitmek kastıyla video görüntülerini kendisine izlettirdiğini ve cep telefonuna aktardığını iddia ederek, uğradığı manevi zararın ödetilmesi isteminde bulunmuştur.

...

Mahkemece, sadakat yükümlülüğünün eşler arasında olduğu, haksız fiilden kaynaklanan zarar nedeniyle davalının zararın meydana gelmesinde asli olarak sorumlu tutulamayacağı, davalının eyleminin davacının kişilik haklarına saldırı niteliğinde olmadığı kabul edilerek davanın reddine karar verilmiştir.

Somut olaya gelince, davalının ve dava dışı eşin davacıya yönelik aldatma mahiyetindeki davranışlarının yanı sıra davalı ile dava dışı eşin birlikte olduğu video kaydının davacı eşe gönderilmesi hususunun manevi tazminatı gerektirip gerektirmeyeceğinin tartışılması gerekir.

Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 06/07/2018 tarihli, 2017/5 esas, 2018/7 sayılı kararı uyarınca; evli kişiyle birlikte olan üçüncü kişinin eylemi, bunuyasaklayan kanuni bir düzenleme bulunmadığından, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinin 1. fıkrası kapsamında hukuka aykırı fiil kabul edilemeyeceği gibi aynı Kanun'un 49. maddesinin 2. fıkrasına göre de üçüncü kişinin tazminat ile sorumlu tutulabilmesi için öteki kişinin ancak aldatılan eşe kasten zarar verme amacıyla hareket etmesi hâlinde mümkündür.

Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir. Manevi tazminata karar verilebilmesi için Türk Borçlar Kanunu (TBK)'nin 58. maddesindeki koşulların oluşması gerekir.

...

Somut olayda; davalının, davacının resmi nikâhli eşi ile evli olduğu süre içinde cinsel birliktelik kurduğu, bu birlikteliklerine ilişkin video kaydının davacıya gönderildiği sabittir. Davalının bu eyleminin davacıyı aşağılayıcı, küçük düşürücü nitelik taşıdığı ve kasten iletildiği kabul edilmelidir. Her ne kadar mahkemece davalının eyleminin davacının kişilik hakkına zarar verecek mahiyette olmadığı gerekçesi ile istemin reddine karar verilmiş ise de, davalının söz konusu videonun davalı tarafından davacıya gönderilmesi haksız ve incitici niteliktedir. Bu nedenle, davacının kişilik değerlerinin haksız biçimde ihlal olunduğunun kabulü ile davacı yararına uygun bir tutarda manevi tazminat takdir edilmesi gerekirken, yerinde olmayan yazılı gerekçeyle manevi tazminat istemlerinin tümünden reddedilmiş olması doğru olmadığından kararın bozulması gerekmiştir”.

B. MESELE:

Değerlendirmemize konu Yargıtay kararından anlaşıldığı üzere; davacı taraf nikâhli eşi ile evli olduğu süre içerisinde cinsel birliktelik kuran kişiye karşı manevi tazminat talepli dava açmış, mahkeme yaptığı yargılama neticesinde evlilik devam ederken davalıyla cinsel birliktelik yaşandığı hususu sabit bulunmasına rağmen tazminata mahal olmadığına hükmederek

davayı reddetmiştir. Görüldüğü gibi mesele, doktrin ve uygulamada “aldatılan eş tazminatı” olarak bilinen ve zina yapan eşin partnerine –evlilik ilişkisi bakımından üçüncü kişiye- yöneltilen tazminata ilişkindir. Bununla birlikte, somut olayda, davacının nikâhlı eşi ile kurulan cinsel birlikteliğin yanı sıra bu birlikteliğe ilişkin video kaydının davacıya gönderildiği ve bu görüntüleri izlemesinin sağlandığı hususu da sabittir. O halde davanın konusu aldatılan eşin üçüncü kişiye yönelttiği manevi tazminat talebi olsa da, somut olay bakımından esas tartışılması gereken mesele, sözkonusu video görüntülerinin eşe gönderilmesinin davanın kabul edilebilirliğine yapacağı etkidir.

II. YARGITAY İÇTİHA TLARI BİRLEŞTİRME BÜYÜK GENEL KURULUNUN 06.07.2018 TARİHLİ KARARI

Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu 06.07.2018 tarihinde oy çokluğu ile vermiş olduğu kararında (2017/5 E, 2018/7 K)¹; diğer eşe karşı başkaca bir kişilik hakkı ihlali gerçekleşmiş olmadıkça, salt evli bir kişiyle cinsel birliktelik yaşamış olmasından ötürü üçüncü kişiden manevi tazminat istenebilmesinin mümkün olmadığı sonuç ve kanaatine ulaşmıştır. Sözkonusu karar incelendiğinde, Yüksek Mahkeme’nin bu kararı doktrindeki birçok görüşü² değerlendirdikten ve yoğun tartışmaların ardından vermiş olduğu anlaşılmalıdır. Nitekim kararın birbirine yakın bir oy çokluğu (üç oy fark) ile kabul edilmiş olması, ayrıca birkaç karşı oy yazısını da içermesi, çözüme kavuşmuş gibi görünen tartışmaların tamamen nihayete ermediğini

¹ Bkz. RG, T. 08.12.2018, S. 30619.

² OĞUZMAN M. Kemal /ÖZ M.Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, İstanbul 2013, s.12 vd; ÖZTAN “*Bilge, Zina Fiiline İştirak Eden Eşin veya Üçüncü Kişinin Tazminatla Yükümlü Tutulup Tutulmayacağı Meselesi*”, Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926’dan Günümüze Türk- İsviçre Medeni Hukuku (17-18-19-20 Şubat 2016), C. 2, Ankara 2017, s. 768; SEROZAN Rona, “*Evlilik Birliğinde Sadakat Yükümlülüğüne Aykırılıktan Tazminat Talebine Yer Olabilir mi?*”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak 2016, Prof Dr. Turhan Esener’e Armağan Özel Sayısı, C.15, S.1, s. 456; BADUR Emel /TURAN BAŞARA Gamze, “*Aile Hukukunda Sadakat Yükümlülüğü ve İhlalinden Kaynaklanan Manevi Tazminat İstemi*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C.65, S. 1, s. 105; ÖZMEN Etem Saba/ VARDAR HAMAMCIOĞLU Gülşah, “*Evli Kişiyle Birlikte Olan Kadına/Erkeğe Yöneltilen Manevi Tazminat Talebi ve Özellikle Komuya İlişkin Yargıtay Kararları Üzerine Düşünceler*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2016, C. 22, S. 3, s. 2368; DEMİRCİOĞLU H. Reyhan, “*Aldatılan Eş Tarafından Üçüncü Kişiye Yöneltilen Manevi Tazminat Taleplerinde Hukuka Aykırılık Unsuru*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016 C. 65, S. 3, s. 695; FRANKO Nisim, Şeref ve Haysiyete Tecavüzden Doğan Manevi Zararın Tazmini, Ankara 1973, s. 59; ÇETİNER Bilgehan, “*Aldatılan Eş Manevi Tazminat Talep Edebilir mi?*”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, Prof. Dr. İhsan Ulusan’a Armağan Özel Sayısı, C.15, S. 2, s. 529.

göstermektedir. Bu sebeple İBK'nın dayandığı gerekçeler, benzer konulu kararların değerlendirilmesinde bir kez daha hatırlatılmalıdır.

Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 06.07.2018 tarihli kararı; eşler arasındaki sadakat yükümlülüğünün dayanağının evlilik ilişkisi olması sebebiyle, bu ilişkiye taraf olmayan üçüncü kişinin tazminat sorumluluğunun haksız fiil hukuku kapsamında değerlendirilmesinin gerektiğini, haksız fiil sorumluluğu bağlamında da esas meselenin hukuka aykırılık unsurunun ortaya koyulması olduğunu açıkça ifade etmektedir. Bu itibarla, *“Hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşebilmesi için hukukumuzda benimsenen objektif hukuka aykırılık teorisine göre, bir özel koruma normunun veya herkese karşı ileri sürülebilen mutlak bir hakkın ihlal edilmiş olması gerekir”*. Bu hususta bir özel koruma normu ise mevcut değildir. Zira *“Anayasa Mahkemesi’nce verilen iptal kararları ve daha sonra Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından yeni bir düzenleme yapılmaması neticesinde 765 sayılı TCK’dan zina suçunun çıkarılması ve 5237 sayılı TCK’da suç olarak düzenlenmemesinin yanı sıra Medeni Hukuk alanında da evli bir kişiyle birlikte olmayı yasaklayan bir hukuk kuralına rastlanmaması karşısında, üçüncü kişinin aldatılan eşe karşı bu nedenle sorumlu olduğunu düzenleyen herhangi bir norm bulunmamaktadır”*. İhlal edilen bir mutlak hakkın mevcudiyeti noktasında ise Yüksek Mahkeme, bir kimsenin eşi tarafından aldatılmamayı isteme hakkı şeklinde herkese karşı ileri sürebileceği mutlak bir kişilik hakkının yasalarda yer almadığından bahisle, aldatma eylemine katılan üçüncü kişinin aldatılan eşin bir mutlak hakkını ihlal etmesinin söz konusu olmadığını, ayrıca TMK'nın 24. ve 25. maddeleri üzerine yaptığı değerlendirmede de evlilik birliği ve evlilik hayatının kişiye toplum nezdinde sağladığı statünün eşlerin kişilik haklarının bir parçası olmayıp, eşlerin birbirleri üzerinde buna dayanan herhangi bir kişilik haklarının bulunmadığı görüşünü ifade etmiştir. Bununla birlikte karara göre *“üçüncü kişinin katıldığı aldatma eylemi ile bağlantılı olmakla birlikte sadakatsizlik olgusundan farklı olarak, bağımsız, özel ve nitelikli bir kişilik hakkı ihlali durumunda, eş söyleyişle üçüncü kişinin doğrudan aldatılan eşin kişilik değerlerine yönelik hukuka aykırı bir fiilde bulunması durumunda manevi tazminat sorumluluğunun doğacağına tereddüt bulunmamaktadır”*. Yine Yüksek Mahkeme ahlaka aykırılık durumu bakımından TBK m. 49/II hükmü uyarınca, diğer eşe bilerek ve isteyerek zarar verme amacıyla hareket edilmişse tazminatı gerektirir bir durum bulunduğu hükmetmiştir. Ortada diğer eşe karşı tazminatı gerektirir bir fiil bulunmadığında ise, bu fiil dolayısıyla üçüncü kişi aleyhine müteselsil borçluluk yaratılması mümkün olmadığı gibi zina yapan eşin kendisinin bir zararı bulunmadığına

göre diğer eşin bu fiile bağlı bir yansıma zararının varlığından sözedilmesi de mümkün değildir. Evlilik birliğinin ve aile bütünlüğünün korunması gibi saikler, üçüncü kişiye yöneltilen tazminatın dayanağını oluşturan özel bir normun yahut haksız fiilin genel koşullarının bulunmadığı durumlarda böyle bir tazminatın kabul edilmesi için yeterli bir sebep teşkil etmez. Zira Yüksek Mahkemeye göre “... evlilik birliği devam ederken eşlerden biri ile evli olduğunu bilerek birlikte olan üçüncü kişinin, aldatılan eşe karşı manevi tazminat sorumluluğu ile ilgili olarak kanunlarımızda özel bir tazminat hükmü yer almamasına rağmen, haksız fiile ilişkin genel koşulları da taşımayan eyleminden dolayı üçüncü kişi aleyhine yargı kararıyla tazminat sorumluluğu ihdas edilmesi, evlilik birliğinin ve aile bütünlüğünün korunması gibi saiklerle dahi kabul görmemelidir”.

Yüksek Mahkemenin özetle ortaya koyduğumuz bu gerekçeleri ve nihayetinde aldatılan eşin üçüncü kişiye yönelttiği manevi tazminat taleplerinin reddini öngördüğü bu kararı, doktrindeki hâkim görüşle, önemli ölçüde, uyum içerisindedir³.

III. ALDATILAN EŞİN ÜÇÜNCÜ KİŞİYE YÖNELTİĞİ MANEVİ TAZMİNAT TALEBİNDE TARTIŞILMASI GEREKEN TEMEL MESELELER VE 06.07.2018 TARİHLİ YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARININ ELEŞTİRİSİ

Yargıtay’ın değerlendirmemize konu olan kararını “aldatılan eş tarafından üçüncü kişiye yöneltilen manevi tazminat taleplerinde hukuka aykırılık unsuru” meselesini tartıştığımız önceki bir çalışmamızdaki⁴ görüşlerimiz doğrultusunda ele almaktayız. Nitekim 4. Hukuk Dairesi’nin kararında zikredilen İçtihadı Birleştirme Kararında da bu çalışmamıza yapılmış birçok gönderme mevcuttur.

³ ÖZTAN Bilge/OZANEMRE YAYLA H. Tolunay, “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 22.3.2017 Tarih, 2017/4-1334 Esas ve 2017/545 Karar Sayılı Kararı Üzerine Eleştirel Bir Yaklaşım”, Ankara Barosu Dergisi 2017, S. 3, s. 197-225; KURT L. Müjde, “Aldatılan Eşin Eşinin İlişki Kurduğu Üçüncü Kişiden Manevi Tazminat Talep Edip Edemeyeceği Meselesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, C. 67, S. 4, s. 887; OĞUZMAN/ ÖZ, s.12 vd; ÖZTAN, s. 768; SEROZAN, s. 456; BADUR /TURAN BAŞARA, s. 105; ÖZMEN/ VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 2368, DEMİRCİOĞLU ise, sözkonusu tazminatın kabul edilebilirliğini ancak, diğer eş lehine “sırf aldatma fiili ile hedef alındığına hükmedilebilecek” belli bir kişilik değerinin yaratılması koşuluna bağlamakta; ancak böyle bir kabulün de ortaya çıkartabileceği başka meselelere değinmektedir, bkz. DEMİRCİOĞLU, s. 715.

⁴ DEMİRCİOĞLU H. Reyhan, “Aldatılan Eş Tarafından Üçüncü Kişiyne Yöneltilen Manevi Tazminat Taleplerinde Hukuka Aykırılık Unsuru”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C. 65, S. 3, s. 687 vd.

Söz konusu çalışmamızın giriş bölümünde de açıkça ifade ettiğimiz gibi⁵; aldatılan eşin üçüncü kişiye yönelttiği manevi tazminat talebinin kabul veya reddine dair mutlak bir sonuca ulaşmayı değil, bu tazminatın hukuk sistemimizde kabul edilebilirliğinin veya edilemezliğinin hangi teorik zemine oturtulabileceği meselesini ele almayı amaçladığımız çalışmamızda, üzerinde durduğumuz temel kavram “kişilik hakkı” kavramı olmuştur. Zira eşler arasındaki cinsel sadakat yükümlülüğünün ihlali anlamına gelen zina fiili sebebiyle üçüncü kişiye yönelebilmek, ancak haksız fiil hukuku kapsamında mümkündür. Tersinden bir ifadeyle, cinsel sadakat yükümlülüğünün sadece evli kişiler arasında söz konusu olması, üçüncü kişilerin bu fiil dolayısıyla sorumluluklarının sadakat yükümlülüğü dışında aranmasını gerektirir. Hukuk sistemimizde nisbi ilişkilerin ihlalinden doğan sorumluluk dışında kalan sorumluluk sahası, esas olarak, herkesin herkese karşı riayetle mükellef olduğu yükümlülükler sahasına, yani haksız fiilin koruma alanına tekabül eder. Bu sebeple zina fiili dolayısıyla üçüncü kişinin sorumlu kılınması, ancak diğer eşe karşı bir haksız fiil işlediğinin kabulü halinde mümkündür. Haksız fiilin, mağdura tazminat ödenmesinin kamu vicdanının tatmini açısından gerekli görüldüğü her halde başvurulabilecek adeta “torba” bir sorumluluk kaynağı olmaması⁶, somut bir olayda tazminata hükmedilebilmesi için haksız fiil unsurlarının gerçekleşmiş olmasını zorunlu kılar. Ayrıca, aldatılan eşin üçüncü kişiye yönelttiği tazminat talebi manevi zararın giderilmesine yönelik olduğundan, bu tür taleplerde ilaveten tartışılması gereken husus, manevi tazminatın unsurları; bu itibarla, kişilik hakkının ihlalinden/zedelenmesinin ne anlaşılmasının gerektiğidir. Zira “*Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir*” hükmünü içeren TBK m. 58, manevi tazminat talepleri ile kişilik hakkının ihlali arasında apaçık bir ilişki kurmuştur. Bu bağlamda “*kişilik hakkı kavramı ve bunun kapsamı, bu kapsama evlilik bağı dolayısıyla mevcut olan bağımsız bir kişilik değerinin dâhil edilip edilemeyeceği, böyle bir kabul söz konusu olsa dahi diğer eşin*

⁵ DEMİRCİOĞLU, s. 690.

⁶ Sorumluluk hukukunun gelişim süreci içerisinde haksız fiilin sınırlarının öngörülemez bir biçimde genişlemesini önlemek için geliştirilen teoriler hakkında bkz. ATAMER Yeşim, Haksız Fiilden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları, İstanbul 1996. Bu meselenin özellikle hukuka aykırılık unsuru yönünden ayrıntılı bir değerlendirmesi için bkz. EREN Fikret, “*Hukuka Aykırılık Bağı veya Normun Koruma Amacı Teorisi*”, Mahmut Koloğlu’na 70. Yaş Armağanı, Ankara 1975, s. 461 vd, ABİK Yıldız, *Normun Koruma Amacı Teorisi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010, C. 59, S. 3, s. 345 vd.

rızasıyla gerçekleşen bir eylemde üçüncü kişinin bu değere saldırmış kabul edilip edilemeyeceği sorgulanmalıdır”⁷. Ayrıca zina fiilinin diğer eşin kişilik değerlerine yaptığı etkinin haksız fiilin zarar unsuruyla mı yoksa hukuka aykırılık unsuruyla mı ilişkilendirilmesinin gerektiği de cevaplandırılması gereken temel sorulardan birisidir. “Bu meselelere yönelik benimsenen yaklaşıma bağlı şekilde, sözkonusu tazminatın kabul edilebilirliğini ileri sürmek mümkün olduğu gibi, aynı ölçüde haklı gerekçelerle, bu tazminatın kabul edilemezliğini ileri sürmek de, kanaatimizce mümkündür”⁸.

Evli kişiyle birlikte olan üçüncü kişinin, bu suretle, diğer eşin kişilik hakkını ihlâl etmiş olup olmadığı araştırılırken üç ayrı ihtimal üzerinde durmak mümkündür. Öncelikle, üçüncü kişinin zina fiili ile bağlantılı bir biçimde diğer eşin sırlarının ifşası, konut dokunulmazlığının ihlali gibi özel alanına saldırı teşkil edecek davranışlar içerisine girmiş olduğu yahut fiziksel özellikleri, yaşı, zekâsı veya cinsel yeterliliğine dair sözleri, imaları yoluyla şeref ve haysiyetini doğrudan hedef alması durumunda, sözkonusu fiillerin başlı başına hukuka aykırı kabul edilerek manevi tazminatı gerektireceğine şüphe yoktur. İkinci olarak; evli bir kişiyle kurulan cinsel ilişkinin sırf bu sebeple diğer eşin kişilik hakkına yönelik bir ihlal/saldırı teşkil edip etmediği sorgulanabilir. Gerçi birbiriyle evli olan kadın ve erkeğin bağımsız kişilik değerlerine sahip ayrı birer hukuk süjesi oldukları ve birbirlerinin kişilikleri üzerinde herhangi bir mutlak hakka sahip olmadıkları açıktır. Bununla birlikte “üçüncü kişinin eşlerden birisiyle yaşadığı birlikteliğin, diğer eşin aile bütünlüğünü veya evlilik birlik ya da statüsünü, kısacası hangi isim verilirse verilsin, sırf evlilik bağı dolayısıyla eşlerin şahısvarlıklarına dâhil olduğu kabul edilen bağımsız bir kişilik değerini ihlâl edip etmediği sorgulanabilir”⁹. Bunun yanı sıra gerek doktrinde gerek geçmişteki bazı yargı kararlarında evli kişiyle birlikte olmanın doğrudan doğruya diğer eşin şeref ve haysiyetine yönelmiş bir saldırı teşkil edeceği yönünde bazı görüşler de ileri sürülmüştür¹⁰. Ne var ki her iki ihtimal bakımından da, zina yapan eşin bu fiile kendi istek ve iradesiyle katılmış olmasının üçüncü kişinin fiilini saldırı olmaktan çıkartıp çıkartmayacağı hususu da etraflıca değerlendirilmek zorundadır. Son olarak,

⁷ DEMİRCİOĞLU, s. 713-714.

⁸ DEMİRCİOĞLU, s. 714.

⁹ DEMİRCİOĞLU, s. 715.

¹⁰ Bkz. FRANKO, s. 58. Franko bu görüşünü, eski bir Federal Mahkeme kararına dayandırmaktadır. Hukuk Genel Kurulu’nun 24.03.2010 tarihli kararında (E. 2010/4-129, K. 2010/173) da benzer yaklaşım ortaya koyulmuştur.

ruh bütünlüğünün, tıpkı beden bütünlüğü gibi, mutlak şekilde korunan bir kişilik değeri olmasından hareketle, bu değerın zedelenmesi neticesini doğuran her fiilin bunu açıkça yasaklayan bir hukuk normu bulunmasa dahi doğrudan hukuka aykırı kabul edilip edilemeyeceği hususu tartışılabilir. Evli kişiyle yaşanan birlikteliğin diğer eşin ruh bütünlüğünü bozduğu ölçüde hukuka aykırı kabul edilmesi esasına dayanan bu fikir, eşin ruh bütünlüğünün bozulmasının haksız fiilin hangi unsuruyla ilişkilendirileceği meselesini de beraberinde getirir. Buna göre aldatılan eşin yaşama sevincini kaybetmesinin, depresyona girmesinin, psikolojik tedavi görmesinin, kısaca ruh bütünlüğünün sarsılmasının manevi zarar mı yoksa hukuka aykırılık mı teşkil ettiği etraflıca tartışılmaya muhtaç bir meseledir. Ancak bu mesele tartışılırken, diğer eşin ruh bütünlüğünün bozulmasının “sırf bu yüzden (saldırı olmasa dahi)” hukuka aykırılık teşkil ettiğinin kabulü halinde, tazminat hukukunun kapsamının çok genişleyecek olması da gözden kaçırılmaması gereken önemli bir husustur.

Görüldüğü gibi aldatılan eşin üçüncü kişiye yönelttiği manevi tazminat taleplerinin merkezindeki kavram “kişilik hakkı” kavramıdır¹¹. Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun 06. 07. 2018 tarihli kararında ise kişilik hakkı kavramının ele alınışı, üçüncü kişinin evli kişiyle yaşadığı birlikteliğin diğer eşin kişilik değerlerine yaptığı etki itibarıyla ve tüm yönleriyle tartışılmasından ziyade, böyle bir fiille diğer eşin kişilik hakkının ihlalden bahsedilemeyeceğinin ifadesinden ibaret kalmıştır. Yüksek Mahkeme’ye göre sözkonusu tazminat taleplerinin kabul edilebilirliği bakımından aranması gereken hukuka aykırılık unsuru, *Medeni Hukuk alanında evli bir kişiyle birlikte olmayı yasaklayan bir hukuk kuralına rastlanmaması ve bir kimsenin eşi tarafından aldatılmamayı isteme hakkı şeklinde herkese karşı ileri sürebileceği mutlak bir kişilik hakkının “yasalarda” yer almaması* sebebiyle eksiktir. Oysa hukukumuzda kişilik hakkı zaten çerçeve bir kavram olarak düzenlenmiş, bu hakkın içinin hangi değerlerle doldurulacağı meselesi ise doktrin ve yargı uygulamasına bırakılmıştır. Benzer şekilde, somut bir kişilik değeri oluşturduğu doktrin ve yargı uygulamasında tartışmasız kabul edilen şeref ve haysiyet kavramının aldatılan eş özelinde etraflı bir değerlendirmesinin yapılmadığı görülmektedir. Karşı oy yazılarında, zina fiilinin aldatılan eşin şeref ve haysiyetini zedeleyeceği “dış şeref ve haysiyetine zarar vereceği” hususuna temas edilmiştir. O halde Yüksek Mahkeme’nin evli kişiyle birlikte olan kişinin davranışının diğer eşin şeref ve haysiyetine yönelik etkisi ve bu

¹¹ Manevi tazminat ile kişilik hakkı kavramları arasındaki ilişki için bkz. KESKİN A. Dilşad, Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat, Ankara 2016, s. 160 vd.

etkinin haksız fiilde hangi unsurla ilişkilendirilmesi gerektiğini ortaya koyması beklenirdi¹². Zira kanaatimizce, manevi tazminatın reddi, diğer eşin şeref ve haysiyetinin *zedelenmiş* olmasının doğrudan bu değere yönelik bir *ihlal* ile aynı anlama gelmeyeceğinin kabulü ile mümkün olup, ancak böyle bir kabul üzerine hukuka aykırılık unsurunun eksikliğinden bahsedilebilir. Bununla birlikte sözkonusu kararda, diğer eşe karşı *bağımsız, özel ve nitelikli* bir kişilik hakkı ihlalinin gerçekleştirildiği, başka bir deyişle, doğrudan aldatılan eşin kişilik değerlerine yönelik hukuka aykırı bir fiilin işlendiği hallerde sorumluluğun doğacağı hususu, en ufak bir tereddüde yer bırakmayacak bir biçimde ifade edilmiştir. Kararda hukuka aykırılık unsurunun eksik olduğu haller bakımından zaten bir müteselsil borçluluk yaratılmayacağını ve yansıma zararın kabulüne de yer olmadığını ifade edilmesi de ayrıca isabetlidir. Kanaatimizce sözkonusu kararın işaret ettiği en önemli hususlardan biri, TBK m. 49/II hükmünün uygulanması bakımından dolaylı kastın açık bir biçimde reddedilmesi olmuştur. Buna göre Yüksek Mahkeme, doktrinle uyumlu bir biçimde, ahlaka aykırılık gerekçesiyle tazminata hükmedilebilmesi için zararlı sonucun öngörülebilirliğinin yeterli olmayıp, zararlı sonucu bilme ve isteme unsurunu birlikte aramak gerektiğini açıkça teyit etmiştir. Zira borçlar hukuku sistemimizde hukuka aykırılığa eşdeğer kabul edilen ahlaka aykırılık, kasten yani bilerek ve isteyerek zarar verme olgusundan ibaret olup (TBK m. 49/II), zararlı sonucun öngörülebilirliği, haksız fiilin ancak kusur unsuruyla ilişkilendirilebilir.

IV. YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİNİN E. 2015/15032, K. 2019/35 SAYILI KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ VE SONUÇ

Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin değerlendirmemize konu E. 2015/15032, K. 2019/35 sayılı kararı, Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 06/07/2018 tarihli kararı ile yakın ilişki içerisindedir. Nitekim Yüksek Mahkeme'nin sözkonusu kararında da ilgili İBK'ya gönderme yapılmış ve yerel mahkemenin kararı bu İBK ölçüsünce bozulmuştur.

Bozma kararından; yerel mahkemenin davacının talebini, davalı ve dava dışı eşin cinsel birlikteliğinin hukuka aykırı olup olmamasıyla sınırlı şekilde değerlendirdiği ve bu yönü itibariyle tümünden reddettiği anlaşılmaktadır.

¹² Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 06/07/2018 tarihli kararında kişilik hakkı kavramının yeterince tartışılmadığı yönündeki benzer eleştiri için bkz. YILDIRIM Abdulkemir, "Aldatılan Eşin Üçüncü Kişiden Tazminat İsteyemeyeceğine Dair Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının Değerlendirilmesi", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Türkiye Barolar Birliği II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu (8 – 9 Mart 2019, Ankara), Sempozyum Kitabı, C. II, s. 912 vd. Evlilik statüsü ve kişilik hakkı kavramı üzerine etraflı değerlendirmeler için ayrıca bkz. KURT, s. 867 vd.

Zira karara göre, yerel mahkemece sadakat yükümlülüğünün eşler arasında olduğu, haksız fiilden kaynaklanan zarar nedeniyle davalının zararın meydana gelmesinde asli olarak sorumlu tutulamayacağı ifade edilmiştir. Yine davalının, davacının kişilik hakkına saldırı niteliğinde olmadığı kabul edilen eyleminin davacının eşiyle yaşadığı birliktelik olduğu anlaşılmaktadır. Yerel mahkemenin 06/07/2018 tarihli İBK'dan önce verdiği anlaşılan bu kararında, video kaydının davacı eşe gönderilmesi hususunun manevi tazminatı gerektirip gerektirmeyeceği yönünden tartışılmamış olması, İBK'dan önceki dönemde aldatılan eşin üçüncü kişiye yönelttiği talepler ile kişilik hakkı arasındaki ilişkinin gözden kaçan bir husus olduğunu ortaya koymaktadır. Oysa manevi tazminat talepli tüm davalarda temel mesele, belli bir şekilde davranmayı yasaklayan bir normun bulunup bulunmaması değil, somut olay bakımından kişilik hakkının ihlal edilmiş olup olmamasıdır; zira kişilik hakkı hukukumuzda mutlak olarak korunan bir değerdir. Bununla birlikte manevi tazminatı gerektirir bir kişilik hakkı ihlali, sadece kişi varlığındaki bir *eksilmeyi* yani manevi zararın oluşmasını değil, kişilik değerine yönelik belli bir *ihlali/saldırısı* ifade eder. Bu itibarla sırf evli bir kişiyle yaşanan cinsel beraberlik diğer eşin kişiliğine yönelik bir saldırı olarak nitelendirilmese dahi, bu fiile eklenen başka bazı davranışların diğer eşin kişilik değerlerini hedef aldığı kabul edilebiliyorsa, manevi tazminatın koşullarının oluştuğundan şüphe etmemek gerekir. 06/07/2018 tarihli İBK'da bu durum, bağımsız, özel ve nitelikli bir kişilik hakkı ihlali olarak ifade edilmiş ve bunun doğrudan aldatılan eşin kişilik değerlerine yönelik hukuka aykırı bir fiil oluşturduğu kabul edilmiştir. Kanaatimizce, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin E. 2015/15032, K. 2019/35 sayılı bozma kararına konu olan olayda da tam olarak bu durumun somut bir görünümü mevcuttur. Zira davacının eşiyle ilişkisi bulunan davalının, bu ilişkiye ait video görüntülerini davacıya göndermesi, doğrudan davacıya yönelmiş bir kişilik hakkı ihlali olarak değerlendirilmeye elverişlidir. Ancak bu noktada Yüksek Mahkeme'nin sözkonusu davranışı haksız ve özellikle "incitici" olarak nitelendirmesi, kanaatimizce fiilin hukuka aykırılığından ziyade manevi zarar doğurmaya elverişliliğini ortaya koymaktadır. Oysa bu gibi olaylarda fiilin haksızlığı yahut inciticiliğinin yanı sıra davacının kişiliğinin hedef alınıp alınmadığının "davacıya yönelik/matuf bir ihlalin gerçekleşmiş olup olmadığının" değerlendirilmesi özellikle önem arz etmektedir. Bu itibarla, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin E. 2015/15032, K. 2019/35 sayılı kararı, bu tür bir ihlalin açıkça değerlendirilmesini mümkün kılan ve her somut olayda kişilik değerlerine bir saldırının bulunup bulunmadığının ayrıca sorgulanması gereğini ortaya koyan önemli ve isabetli bir karardır.

KAYNAKÇA

- ABİK Yıldız, *Normun Koruma Amacı Teorisi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010, C. 59, S. 3, s. 345 vd.
- ATAMER Yeşim, *Haksız Fiilden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları*, İstanbul 1996.
- BADUR Emel /TURAN BAŞARA Gamze, “*Aile Hukukunda Sadakat Yükümlülüğü ve İhlalinden Kaynaklanan Manevi Tazminat İstemi*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C.65, S. 1, s. 101 vd.
- ÇETİNER Bilgehan, “*Aldatılan Eş Manevi Tazminat Talep Edebilir mi?*”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, Prof. Dr. İhsan Ulusan’a Armağan Özel Sayısı, C.15, S. 2, s. 513 vd.
- DEMİRCİOĞLU H. Reyhan, “*Aldatılan Eş Tarafından Üçüncü Kişiye Yöneltilen Manevi Tazminat Taleplerinde Hukuka Aykırılık Unsuru*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016 C. 65, S. 3, s. 687 vd.
- EREN Fikret, “*Hukuka Aykırılık Bağı veya Normun Koruma Amacı Teorisi*”, Mahmut Koloğlu’na 70. Yaş Armağanı, Ankara 1975, s. 461 vd.
- FRANKO Nisim, *Şeref ve Haysiyete Tecavüzden Doğan Manevi Zararın Tazmini*, Ankara 1973.
- KESKİN A. Dilşad, *Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat*, Ankara 2016.
- OĞUZMAN M. Kemal /ÖZ M.Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.2, İstanbul 2013.
- ÖZMEN Etem Saba/ VARDAR HAMAMCIOĞLU Gülşah, “*Evli Kişiyle Birlikte Olan Kadına/Erkeğe Yöneltilen Manevi Tazminat Talebi ve Özellikle Konuya İlişkin Yargıtay Kararları Üzerine Düşünceler*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2016, C. 22, S. 3, s. 2361 vd.
- ÖZTAN “*Bilge, Zina Fiiline İştirak Eden Eşin veya Üçüncü Kişinin Tazminatla*

Yükümlü Tutulup Tutulmayacağı Meselesi”, Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926’dan Günümüze Türk- İsviçre Medeni Hukuku (17-18-19-20 Şubat 2016), C. 2, Ankara 2017, s. 753 vd.

ÖZTAN Bilge/OZANEMRE YAYLA H. Tolunay, “*Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 22.3.2017 Tarih, 2017/4-1334 Esas ve 2017/545 Karar Sayılı Kararı Üzerine Eleştirel Bir Yaklaşım*”, Ankara Barosu Dergisi 2017, S. 3, s. 197 vd.

KURT L. Müjde, “*Aldatılan Eşin Eşinin İlişki Kurduğu Üçüncü Kişiden Manevî Tazminat Talep Edip Edemeyeceği Meselesi*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, C. 67, S. 4, s. 857 vd.

SEROZAN Rona, “*Evlilik Birliğinde Sadakat Yükümlüğüne Aykırılıktan Tazminat Talebine Yer Olabilir mi?*”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak 2016, Prof Dr. Turhan Esener’e Armağan Özel Sayısı, C.15, S.1, s. 451 vd.

YILDIRIM Abdulkerim, “*Aldatılan Eşin Üçüncü Kişiden Tazminat İsteyemeyeceğine Dair Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının Değerlendirilmesi*”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Türkiye Barolar Birliği II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu (8 – 9 Mart 2019, Ankara), Sempozyum Kitabı, C. II, s. 912 vd.

AĞIR BEDENSEL ZARARLARDA YAKINLARIN MANEVİ TAZMİNAT TALEP EDİP EDEMEYECEĞİ SORUNUNA İLİŞKİN BİR YARGITAY KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Evaluation Of A Turkish Court Of Cassation Decision Regarding The Problem Of Whether Kinsmen Of The Injured Can Claim Non-Pecuniary Compensation For Severe Physical Damage

Elif AYAN DURHAN*

Özet

Çalışmamızda 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde Yargıtay'ın ağır bedensel zarar durumunda zarar görenin yakınlarının manevi tazminat talep edip edemeyeceği sorunu üzerine vermiş olduğu bir karar incelenmiştir. O dönemde yalnızca ölüm halinde yakınların manevi tazminat talep edebileceği açıkça hükme bağlanmış (BK m. 47); buna karşılık bedensel bütünlüğün ağır bir şekilde ihlali söz konusu olduğunda durumun ne olacağı ile ilgili kanunda açık bir hüküm öngörülmemiştir. Bu da doktrinde yansıma zarar ve doğrudan doğruya zarar şeklinde iki farklı görüşün ileri sürülmesine neden olmuştur. Bu görüşler, hukuka aykırılık bağının mevcut olup olmadığını belirlerken önem arz etmektedir. Diğer taraftan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 56/f. 2'de bedensel bütünlüğün ağır bir şekilde ihlal edilmesi halinde, zarar görenin yakınlarının manevi tazminat talep edebileceği açıkça düzenlendiğinden, sorun çözülmüş gibi görünmektedir; ancak hukuki nitelikle ilgili doktrindeki görüş ayrılığı devam etmektedir.

Anahtar Kavramlar: Ağır bedensel zarar, manevi tazminat, doğrudan doğruya zarar, yansıma zarar, hukuka aykırılık bağı.

Abstract

In our study, a decision of the Turkish Court of Cassation on the issue of whether the kinsmen of the injured can claim non-pecuniary damages in the period of the Code of Obligations No. 818 has been examined. At that time, it was clearly decreed that only in case of death, kinsmen of the injured could claim non-pecuniary damages in art. 47 TCO. Also, there is no clear provision in the law regarding what will happen when there is severe physical damage. This has led to the assertion of two different views in

* Arş. Gör. Dr. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye,
e-posta: elif.ayan@hbv.edu.tr ORCID: 0000-0001-5462-9013

the doctrine as reflection damage and direct damage. These opinions are important when determining whether there is a link of unlawfulness. On the other hand, since it is clearly regulated in art. 56/2 of Turkish Code of Obligations No. 6098 that in case of a serious violation of physical integrity, the relatives of the injured person can claim non-pecuniary damages, the problem seems to have been resolved; however, the divergence of opinion in the doctrine regarding the legal qualification continues.

Keywords: *Severe physical damage, non-pecuniary compensation, direct damage, reflection damage, link of unlawfulness.*

GİRİŞ

Hiç şüphesiz, kişi kendisine karşı işlenen bir haksız fiilden zarar gördüğü takdirde, uğramış olduğu zararın tazminini talep edebilir (TBK m. 49). Ancak bazı hallerde zarar gören dışında onların yakınları da örneğin, anne babası, eşi ve kardeşi de işlenen haksız fiilden olumsuz etkilenmektedir. Uygulamada bunun örneklerine sıkça rastlanmaktadır. Gerçekten yargı kararları incelendiğinde, özellikle bir kişinin bedensel bütünlüğünü ihlal eden haksız nitelikte bir davranış nedeniyle yakınların elem ve ıstırap çektiği, bu durumdan ruh sağlıklarının olumsuz etkilendiği gerekçe gösterilerek manevi tazminat davalarının açıldığı görölmektedir.

Çalışmamızda ağır bedensel zararın varlığı durumunda yakınların manevi tazminat talepleri ile ilgili Yargıtay'ın vermiş olduğu bir karar (Y. 11. HD, 2004/8414 E., 2005/6326 K., 16.06.2005)¹ inceleme konusu yapılmıştır. Kararın verildiği tarihte 818 sayılı BK yürürlükte olduğu için öncelikle 818 sayılı BK'daki konuya ilişkin hükümler (BK m. 47, m. 49) dikkate alınarak söz konusu karar hukuki değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Ardından 6098 sayılı TBK ile getirilen değişikliklere (TBK m. 56/f. 2) değinilerek, günümüzde böyle bir durumla karşılaşıldığında nasıl bir karar verilmesi gerektiği üzerinde durulmuştur. Nihayet ağır bedensel zarar durumunda yakınların manevi tazminat talebinin hukuki niteliği ile ilgili doktrindeki görüşler ortaya konulduktan sonra kendi görüşümüz açıklanmıştır.

I. KARARA KONU OLAY

Karara konu olayda, davalıya ait trende yolcu olarak seyahat eden K3, taşıma sırasında ağır yaralanmış, iki bacağını da kaybederek ömür boyu malul ve yakınlarının bakımına muhtaç bir duruma gelmiştir. K3'ün anne/babası ile

¹ <<https://www.lexpera.com.tr>>, Erişim Tarihi: 10.01.2022.

kardeşi, bu durumdan ömür boyu manevi acı ve elem duyacakları için uğramış oldukları manevi zararın giderilmesi için dava açmışlardır.

Davalı cevap dilekçesinde, 818 sayılı BK m. 47’de düzenlenen cismani zarara dayanarak manevi tazminat isteme hakkına sadece doğrudan zarar görenin sahip olduğunu, buna karşılık zarar görenin yakınlarının dolaylı zararlarının BK m. 47’ye göre istenemeyeceğini ileri sürmüştür².

II. TARTIŞILMASI GEREKEN HUKUKİ SORUNLAR

Dava konusu olayda, ağır bedensel zarar gören kişinin yakınlarının haksız fiili işleyen kişiden manevi tazminat talep edip edemeyeceği sorunu tartışma konusu yapılmıştır. Belirtmek gerekir ki, bizzat zarar görenin manevi tazminat talep etmesi durumundan farklı olarak, üçüncü kişilerin (yakınların) manevi tazminat taleplerinin kabul edilip edilmeyeceği sorusuna duraksamadan cevap vermek zordur³. Bu soruya cevap vermeden önce zararın hukuki niteliğinin doğru bir tespit edilmesi ve haksız fiil sorumluluğunun şartlarının, özellikle uygun illiyet bağı⁴ ile hukuka aykırılık bağının (normun koruma amacı teorisinin)⁵

² Y. 11. HD, 2004/8414 E., 2005/6326 K., 16.06.2005. <<https://www.lexpera.com.tr>>, Erişim Tarihi: 10.01.2022.

³ Haluk Tandoğan, Mukayeseli Hukuk, Hususiyile Türk-İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 1. Baskı, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1963, s. 1, 2 (Üçüncü Şahıs).

⁴ Failin davranışı, hayatın olağan akışı ile genel hayat tecrübeleri dikkate alındığında, somut olayda karşılaşılan şekilde bir zarar meydana getirmeye elverişli ise, uygun illiyet bağının bulunduğu kabul edilir. Uygun illiyet bağı hakkında detaylı bilgi için bkz. Fikret Eren, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, 1. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975, s. 52 vd. (Uygun İlliyet Bağı); Yeşim Atamer, Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları, 1. Baskı, Beta Basımevi, İstanbul, 1996, s. 42 vd.

⁵ Hukuka aykırılık bağı ya da normun koruma amacı teorisi ile ihlal edilen kuralın koruma amacı ile korunmak istenen kişiler, kendisine karşı korunma gereken davranışlar arasındaki ilişki kastedilmektedir. Dolayısıyla tazminat borcu, yalnızca ihlal edilen kuralın koruma amacı içinde bulunan kişiler lehine meydana gelebilir. Bunun dışındaki kişiler ile ihlal edilen normun koruma amacı içinde yer almayan davranışlar için tazminat sorumluluğu doğmaz. Böylece hukuka aykırılık bağı, uygun illiyet bağı ile birlikte failin haksız fiilden doğan tazminat sorumluluğunu sınırlandırmaktadır. Haluk Tandoğan, “Hukuka Aykırılık Bağı”, BA-TİDER, 1979, C. 10, 1-21, s. 4 vd (Hukuka Aykırılık Bağı); Yıldız Abik, “Normun Koruma Amacı Teorisi”, AÜHFED, 2010, 59 (3), 345-448, s. 392; Atamer, s. 80 vd.; Eren, Uygun İlliyet Bağı, s. 99 vd; Fikret Eren, “Hukuka Aykırılık Bağı veya Normun Koruma Amacı Teorisi”, Prof. Dr. Mahmut Koloğlu’ya 70. Yaş Armağanı, 1975, 461-491, s. 461, 462 (Hukuka Aykırılık Bağı); Selahattin Sulhi Tekinay/Galip Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 476; Elif Ayan, Sözleşme Sorumluluğunun Sınırlandırılması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2013, s. 74. Hukuka aykırılık bağının yansıma zararlarında, buna karşılık normun

araştırılması gerekir. Çünkü bu Şartların gerçekleşip gerçekleşmemesine bağlı olarak ortaya çıkacak sonuçlar değişiklik gösterecektir.

O halde Yargıtay'ın vermiş olduğu kararın isabetli olup olmadığı değerlendirilirken, yakınların uğradığı manevi zararın doğrudan doğruya zarar mı yoksa yansıma zarar mı olduğu hususu, özümlemesi gereken hukuki sorunların başında gelmektedir. Bunun dışında gerçekleşen haksız fiil ile yakınların uğradığı manevi zarar arasında uygun illiyet bağının bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Nihayet failin fiilinin hukuka aykırı sayılabilmesi için gerekli olan yakınların manevi zararını korumayı amaçlayan bir koruma normu ihlal edilmiş midir sorusu cevaplandırılmalıdır. Diğer bir deyişle, somut olayda hukuka aykırılık bağının mevcut olup olmadığı sorunu üzerinde durulmalıdır.

III. YARGIMERCİLERİNİN KONUSU HAKKINDAKİ KARARLARI

A. İlk Derece Mahkemesinin Kararı

İlk derece mahkemesi verdiği kararda, 818 sayılı BK m. 47 gereğince yalnızca zarara görenin manevi tazminat isteyebileceğini, dolayısıyla yakınların yansıma suretiyle meydana gelen manevi zararlarının tazminine imkân olmadığını belirtmiştir. Ayrıca mahkeme, yakınların BK'nın 49. maddesi kapsamında da tazminat hakkının bulunmadığına hükmederek davayı reddetmiştir. Karara gerekçe olarak, somut olayın nitelikleri göz önüne alındığında, aile birliğinde görülen ve korunması gereken duygusal bağın zarara uğradığı kabul edilebilir ise de, bir kişinin duyduğu acı ve ıstırabın BK'nın 49. maddesinin koruduğu değerler bakımından kişilik haklarına saldırı oluşturacak boyutta olmadığına vurgu yapılmıştır.

B. Yargıtay'ın Kararı

Yargıtay, cismani olarak zarar gören kişinin yakınlarının zarar göreni bakıma muhtaç bir halde gördükleri için ruh sağlıklarının bozulduğunu, bu yüzden onların *doğrudan doğruya zarar gören* sayılarak manevi tazminat isteyebileceklerini kabul etmiş ve ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Kararı değerlendirirken, 818 sayılı BK m. 47 ile m. 49'un uygulama alanından hareket etmiştir.

koruma amacı teorisinin kusursuz sorumluluk durumlarında uygulanacağı yönünde bkz. M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 15, dn. 15.

BK m. 47 uyarınca, hâkim hususi halleri göz önüne alarak cismani zarara uğrayan kimseye manevi tazminat olarak adalete uygun bir tazminat verilmesine hükmedebilir. Yargıtay, anılan hükmün lafzını dikkate alarak, manevi tazminat talep etme hakkının doğrudan doğruya cismani olarak zarar gören kimseye ait olduğunu, aynı davranıştan yansıma yoluyla manevi üzüntü duyan üçüncü kişilerin manevi tazminat hakkının bulunmadığını kabul etmektedir. Bununla birlikte Yargıtay’a göre, aynı davranıştan dolayı birden fazla kişi doğrudan doğruya zarara uğrayabilir. BK m. 46 ve m. 47’deki cismani zararın kapsamına, ruhi bütünlüğün ihlali ile sinir hastalığı gibi durumların dahil olduğu, söz konusu maddelerde fiziksel bütünlüğün yanı sıra ruhi bütünlüğün de korunduğu doktrin ve uygulamada genel olarak kabul edilmektedir.

Ayrıca kararın gerekçesinde, cismani zarar ruhi bütünlüğün ihlalini de kapsadığı için şayet bir kişinin cismani zarara uğraması sonucunda, onun annesi, babası, kardeşi gibi çok yakınlarından birinin de aynı davranış yüzünden ruhi bütünlüğü ciddi bir şekilde zarara uğrarsa, onların da BK m. 49 uyarınca manevi tazminat isteyebilecekleri ifade edilmiştir. Zira böyle bir halde onların zararları ile işlenen haksız fiil arasında *uygun illiyet bağı* mevcuttur ve zararın niteliği dikkate alındığında onlar da ihlal edilen *normun koruma amacı* içinde yer alırlar. Bir diğer ifadeyle, Yargıtay’a göre, bu tür durumlarda *yansıma yoluyla zarardan değil, doğrudan doğruya zarara uğrama durumundan* bahsedilir.

Nitekim dava konusu olayda da, davacıların çocuğu ve kardeşi olan kişi, davalıya ait trende yolculuk ederken ağır bir şekilde yaralanmıştır. Ağır şekilde yaralanan kişinin çok yakını olan davacılar, yaralanan evlat ve kardeşini hayatları boyunca bu şekilde görecekları için davacıların ruhi bütünlüklerinin ağır bir şekilde zarara uğradığı söylenebilir. Aksi bir sonuç, hayatın olağan akışına aykırı olur.

Sonuç olarak Yargıtay, bedensel bütünlüğü ağır bir şekilde zarara uğrayan kişinin yakınlarının manevi tazminat taleplerini doğrudan doğruya zarar gördükleri gerekçesiyle kabul etmiştir.

C. Doktrindeki Görüşler Çerçevesinde Kararın Değerlendirilmesi

Ağır bedensel zararlarda yakınların manevi tazminat isteyip isteyemeyeceği sorunu ile ilgili 818 sayılı BK ile 6098 sayılı TBK’daki durum farklıdır. Gerçekten 818 sayılı BK m. 47’de “*hâkim, hususi halleri nazara alarak cismani zarara düşer olan kimseye yahut adam öldüğü*

takdirde ölünün ailesine manevi zarar namıyla adalete muvafık tazminat verilmesine karar verilebilir” hükmüne yer verilmiştir. Böylece 818 sayılı BK zamanında yalnızca ölüm söz konusu olduğunda yakınların manevi tazminat isteyebilecekleri hukuki düzenlemeye tabi tutulmuşken, bedensel bütünlüğün ihlali halinde yakınların aynı hakka sahip olup olamayacakları tartışmalı idi. Buna karşılık 6098 sayılı TBK m. 56/f. 2’de öngörülen “*ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir*” yönündeki hüküm sayesinde yakınların ölüm dışında ağır bedensel zarar durumunda da manevi tazminat isteyebilecekleri açık bir düzenlemeye kavuşmuş oldu. Buna rağmen söz konusu tazminatın hukuki niteliği ile ilgili doktrinde görüş birliği sağlanamamıştır⁶. Doğrudan doğruya zarar görüşü ile yansıma zarar görüşü, her iki Kanun döneminde de savunulan görüşlerdir.

1. Yansıma Zarar Görüşü

Yansıma zarar, haksız fiile doğrudan maruz kalan kimse dışında üçüncü bir kişinin mağdurla olan kişisel ya da ekonomik ilişkisi dolayısıyla aynı fiilden dolayı zarar görmesidir. Bu üçüncü kişi, doğrudan zarar görenle fail arasındaki ilişkiye yabancıdır⁷.

Doktrinde yansıma zararın saf malvarlığı zararı şeklinde ortaya çıktığı yönünde genel bir kanaat mevcuttur. Saf malvarlığı zararı, kişiye ya da eşyaya verilen zararların kapsamı içinde yer almayan ve yalnızca kişinin malvarlığında meydana gelen azalmalardır⁸. Ancak kanaatimizce yansıma zarar, saf malvarlığı zararı dışında mutlak hak ihlali şeklinde de gerçekleşebilir⁹. Ayrıca yansıma zarar, maddi zarar veya manevi zarar olarak karşımıza çıkabilir¹⁰.

⁶ TBK m. 56/f. 2 hükmü ile yalnızca normatif bir değişiklik yapıldığı yönünde bkz. Esmâ Kırâç, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Ağır Bedensel Zarar Halinde Yakınların Uğradığı Manevi Zararın Hukuki Niteliğinin Belirlenmesi”, İzmir Barosu Dergisi, 2017, S. 2, 11-48, s. 31.

⁷ A. Dilşad Keskin, Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 77; Kumru Kılıçoğlu, Yansıma Yoluyla Zarar, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 22; Çağlar Özel, “Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler”, AÜHFİD, 2001, 50 (4), 81-106, s. 84; Seda İrem Çakırca, Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zararı, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 73 (Yansıma Zarar).

⁸ Çakırca, Yansıma Zarar, s. 74.

⁹ Aynı yönde bkz. Pınar Çağlayan Aksoy, Hukuka ve Ahlakla Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016, s. 295; Oğuzman/Öz, s. 17.

¹⁰ Kılıçoğlu, s. 22; Çakırca, Yansıma Zarar, s. 80; Özel, s. 86.

Doktrinde yansımaya zararların saf malvarlığı zararı niteliği taşıdığı görüşü hâkim olduğundan, kural olarak bunların tazmininin istenemeyeceği kabul edilmektedir¹¹. Bunun için üçüncü kişilerin menfaatini koruyan özel bir koruma normunun ihlal edilmesi gerekir. Aksi halde hukuka aykırılık bağının mevcut olduğundan söz edilemez¹². Bu noktada ağır bedensel zarara dayanarak yakınların manevi tazminat isteyebilmelerini sağlayan özel bir koruma normunun bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. 818 sayılı BK m. 47’de yalnızca ölüm durumunda yakınlarla manevi tazminat isteme hakkı tanındığından, ağır bedensel zararlara ilişkin özel bir koruma normu bulunmadığından yakınların manevi tazminat talep edemeyeceği savunulmaktadır. Çünkü bu halde haksız fiil sorumluluğu için aranan hukuka aykırılık bağı mevcut değildir¹³.

Ancak 6098 sayılı TBK m. 56/f. 2’de ölüm dışında ağır bedensel zararlarda da yakınların manevi tazminat talep edebileceği açıkça hükme bağlandığından, hukuka aykırılık bağının mevcut olup olmadığı konusundaki

¹¹ Böylece haksız fiil işleyen kişilerin önceden bilinemeyecek ve sınırları tayin edilemeyecek tazminat davaları ile karşı karşıya kalmaları önlenmek istenmiştir. Honsell/Isenring/Kessler, s. 61; Çakırca, Yansımaya Zarar, s. 75.

¹² Eren, Hukuka Aykırılık Bağı, s. 474, Roland Brehm, Art 41 OR/ “Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt (...)” (Widerrechtlichkeit), Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art 41-61 OR Obligationenrecht, Berner Kommentar, 5. Auflage, Stampfli Verlag, Bern, 2021, s. 42, <<https://www.swisslex.ch>>, Erişim Tarihi: 20.03.2022; Willi Fischer, OR 41, OFK-Orell Füssli Kommentar, 3. Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2016, s. 221, <<https://www.swisslex.ch>>, Erişim Tarihi: 15.03.2022; Atamer, s. 75; Abik, s. 377; Ayan, s. 73. Kanundaki özel koruma normlarının aslında doğrudan zarar görenin malvarlığını korumak için öngörüldüğü, ancak mahkemelerin normların koruma alanını geniş yorumlayarak yansımaya yoluyla zarar gören üçüncü kişilerin menfaati zedelendiğinde de aynı normları uyguladığı yönünde bkz. Özel, s. 104.

¹³ M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, s. 683. Burada Oğuzman/Öz’ün kitabının eski baskısına atıf yapılmasının sebebi, 818 sayılı Kanun döneminden söz edilmesidir. Bilgi için ayrıca bkz. Fulya Erlüle, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Yürürlüğe Girmesinin Ardından Yargıtay’ın Bedensel Zararlarda Yakınların Manevi Tazminat Talebine İlişkin Uygulaması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdet Yavuz’a Armağan, 2016, 22 (3), 1087-1117, s. 1094, 1095; Çakırca, Yansımaya Zarar, s. 155, 156; Seda İrem Çakırca, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Ağır Bedensel Zararlarda Yakınların Manevi Tazminat Talebi”, YÜED, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, 2013, 785-807, s. 786, 787 (Manevi Tazminat); Esmâ Kıraç Adır, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Ağır Bedensel Zarar Görenin Yakınlarının Manevi Tazminat Talebi, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 76. Yakınların manevi tazminat talep edemeyeceği görüşüne başka bir gerekçe olarak, doktrinde nasıl olsa zarar gören çocuğun kendisinin tazminat isteyeceği ve bu tazminatın anne/babası ile kardeşlerine vereceği gösterilmektedir. Tandoğan, Üçüncü Şahıs, s. 6.

tereddütler ortadan kalkmıştır. Gerçekten doktrinindeki hâkim görüşe göre¹⁴, TBK m. 56/f. 2, yakınların manevi tazminat talep etmelerini sağlayan özel bir koruma normudur. Bir diğer deyişle, destekten yoksun kalma tazminatına benzer şekilde, bedensel bütünlüğün ağır bir şekilde zedelenmesi nedeniyle yakınların uğradığı manevi zararın hukuken yansıma zarar niteliği taşıdığı kabul edilmelidir. Burada “*manevi yansıma zarar*” söz konusudur. TBK m. 56/f. 2 hükmü ile yakınların uğradığı manevi yansıma zararların tazmini için gerekli olan özel koruma normuna kavuşulmuştur.

2. Doğrudan Doğruya Zarar Görüşü

Doğrudan doğruya zarar, hukuka aykırı fiilden kaynaklanan zararlı sonucun fiilin yöneldiği kişinin şahsında meydana gelmesidir¹⁵. İncelenen kararda da görüleceği üzere, Yargıtay, ağır bedensel zarar halinde yakınların manevi zararlarının doğrudan doğruya zarar sayılması gerektiği kanaatinde. Aslında Yargıtay’ın 1985’ten beri verdiği kararlar incelendiğinde, neredeyse istikrarlı bir şekilde bu görüşü savunduğu görülecektir¹⁶. Anılan kararlarda bedensel bütünlüğün ağır şekilde ihlal edildiği durumlarda, yakınların ruh sağlığının olumsuz etkilendiği vurgusu yapılmıştır. Ayrıca yakınların ruh

¹⁴ Çakırca, Manevi Tazminat, s. 795; Kumru Kılıçoğlu Yılmaz, “Kişilik Hakkının İhlalinde Manevi Tazminat”, THD, 2016, 11 (115), 39-55, s. 44; Fikret Eren, “Türk Borçlar Hukukunda Kişiyeye İlişkin Zarar”, Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini, Uluslararası Kongre, 2016, C. 1, 57-76, s. 73 (Kişiyeye İlişkin Zarar); Erlüle, s. 1088, 1089; Muhammed Sulu, “Ölüm ve Bedensel Bütünlüğün İhlali Halinde Manevi Tazminat”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdet Yavuz’a Armağan, 2016, 22 (3), 2737-2756, s. 2749. Bilgi için bkz. Kıraç Adır, s. 77; Keskin, s. 80. Dikkat edilirse, bedensel bütünlüğün ağır bir şekilde ihlali halinde yakınların maddi tazminat talepleri hakkında TBK m. 56/f. 2 hükmü uygulanamaz. Çünkü hükmün uygulama alanı, manevi tazminat talepleri ile sınırlıdır. Buna rağmen doktrinde TBK m. 56/f. 2’nin yakınların maddi tazminat talepleri bakımından emsal niteliğinde uygulanabileceği savunulmaktadır. Eren, Kişiyeye İlişkin Zarar, s. 74. Kanaatimizce, yakınların maddi tazminat taleplerini korumayı amaçlayan özel bir koruma normu öngörülmediği sürece bunların tazmini istenemez. Çünkü yansıma zararı niteliği taşıyan bu tür zararların tazmini için TBK m. 56/f. 2’deki gibi yasal bir düzenlemeye ihtiyaç vardır. Kanun koyucunun, yakınların manevi tazminat taleplerini düzenlerken maddi tazminat taleplerini düzenlenememiş olması, kanaatimizce bilinçli bir iradenin sonucudur.

¹⁵ Keskin, s. 76, 77.

¹⁶ Örnek kararlar için bkz. YHGK, 1995/11-22 E., 1995/430 K., 26.04.1995; Y. 21. HD, 2007/3976 E., 2007/5212 K., 27.03.2007; Y. 4. HD, 2001/4012 E., 2001/8028 K., 17.09.2001; Y. 11.HD, 2004/13456 E., 2005/1242 K., 15.02.2005; Y. 21. HD, 2004/8116 E., 2004/9009 K., 27.10.2004; Y. 11. HD, 2009/3142 E., 2010/9750 K., 05.10.2010 sayılı kararları. <<http://www.hukukturk.com>>, Erişim Tarihi: 10.03.2022. Yargıtay’ın çözüm tarzının zorlama yorumlarına dayandığı yönünde bkz. Kılıçoğlu, s. 48. Yargıtay’ın yakınların uğradığı zararı doğrudan doğruya zarar olarak nitelendirmesinin mesnetsiz olduğu yönünde bkz. Çakırca, Manevi Tazminat, s. 795.

sağlığının 818 sayılı BK m. 47'nin koruma alanı içinde yer aldığı belirtilmiştir. Çünkü BK m. 47'deki "cismani zarar" kavramı lafzi olarak ele alındığında, her ne kadar sadece fiziki olarak bedensel bütünlüğün ihlali halinde gerçekleşebilecekmiş gibi bir izlenim oluştursa da, aslında ruhsal bütünlüğün ihlali de cismani zarara yol açabilir¹⁷.

Bunun dışında doktrinde yakınların manevi tazminat taleplerini 818 sayılı BK m. 49'a dayandıran yazarlarla karşılaşılmaktadır. Çünkü kişilik haklarını koruyan BK m. 49 hükmünün kapsamına, aile bağları ile aile ilişkileri de girmektedir¹⁸. Bir kimsenin bedensel bütünlüğü ağır bir şekilde zedelendiğinde, bu durum, hiç kuşkusuz diğer aile üyelerinin ruhî bütünlüğü ile hayatlarını sürekli ve ciddi bir şekilde etkiler¹⁹. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında da kişinin yakınları ile arasındaki duygusal bağın, OR 49'un koruma alanına girdiği vurgulanmıştır. Federal Mahkeme, yakınların OR 49'a dayanan manevi tazminat taleplerinin bağımsız nitelikte olduğunu ve yakınların kendi kişilik haklarının zedelenmesinden kaynaklandığını kabul etmektedir²⁰. Bu görüşten hareketle, verilen kararda da haksız bir fiille çocukları yürüyemez duruma gelen anne/babanın, çocukları ile olan yadsınamaz bağları dolayısıyla doğrudan doğruya zarara uğradıkları söylenebilir²¹.

Yürüyemeyen çocuğun anne/babasına doğrudan doğruya zarar gördükleri gerekçesiyle tazminat isteme hakkı tanındığında, failin sınırsız ve ağır bir

¹⁷ Heinrich Honsell/Bernhard Isenring/Martin A. Kessler, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Auflage, Schulthess Juristische Medien, Zürich, 2013, s. 55, <https://www.swisslex.ch>, Erişim Tarihi: 01.04.2022; Eren, Hukuka Aykırılık Bağı, s. 481; Tandoğan, Üçüncü Kişi, s. 6, 7. Bilgi için bkz. Erlüle, s. 1095; Ayşenur Şahin, "Vücut Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Zarar ve Tazmini", GÜHFD, 2011, 15 (2), 123-165, s. 126; Sulu, s. 2746.

¹⁸ Buna karşılık Kılıçoğlu'na göre, BK m. 49'un kapsamına kişinin adı, şeref ve hürriyeti, özel hayatı gibi maddi nitelikte olmayan kişilik değerleri dahildir. Bir kişinin yakınının bedensel bütünlüğü ihlal edildiğinde, BK m. 49'un uygulanmasını sağlayan hangi kişilik değerinin ihlal edildiği sorusu cevapsız kalmaktadır. Kılıçoğlu, s. 48, 49.

¹⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 659, dn. 3 c; Tandoğan, Üçüncü Kişi, s. 8; Özel, s. 103; Erlüle, s. 1095, 1096; Kırac Adır, s. 73; Kırac, s. 33.

²⁰ Erlüle, s. 1092; Genç Arıdemir, s. 267; Kırac, s. 30, 31. Bkz. BGE 123 III 204 vd.; BGE 122 III 5 vd.; BGE 118 II 404; BGE 117 II 50; BGE 116 II 520; BGE 112 II 220 sayılı kararlar. Çakırca, Manevi Tazminat, s. 790, dn. 15. Yakınların manevi tazminat talebinin bağımsız nitelikte olmasının hukuki sonuçları için bkz. Arzu Genç Arıdemir, "İsviçre Federal Mahkemesi'nin Yakınların Manevi Tazminat Taleplerine Uygulanacak Zamanaşımı Süresine İlişkin Bir Kararın İncelenmesi ve Kararda Varılan Sonucun Türk Hukuku Bakımından Uygulanması", İÜHF, 2008, 66 (1), 255-274, s. 267, 268.

²¹ Bilgi için bkz. Çakırca, Manevi Tazminat, s. 790; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 659, dn. 3 c.

tazminat yükü altına gireceği ileri sürülebilir. Ancak bedensel bütünlüğün ciddi şekilde ihlal edildiği bu gibi durumlarda, hâkimin “yakın” kavramını geniş bir şekilde yorumlamaması ve sadece ruh sağlığı gerçek anlamda bozulduğunda ya da ağır bir üzüntü söz konusu olduğunda tazminata hükmetmesi gerekir. Ayrıca ruh sağlığının bozulmasında hâkim bünyevi istidatı²² da tazminattan indirim sebebi olarak dikkate alabilir²³.

Yine doktrindeki bazı yazarlara²⁴ göre, bedensel bütünlüğün ciddi şekilde ihlali halinde kişilik hakları zedelenmiş olur. Kişilik hakları, hukuken mutlak hakların arasında yer alır. Mutlak hakların ihlal edilmiş olması nedeniyle yakınların manevi tazminat talepleri doğrudan doğruya zarar niteliği taşır. Bu durumda zararın tazmini için özel bir koruma normunun ihlal edilmesi gerekmez. Çünkü mutlak hakların ihlali halinde failin davranışının hukuka aykırı olarak kabul edilebilmesi için temel koruma normuna²⁵ aykırı davranılması gerekli ve yeterlidir²⁶. Bu konudaki temel norm, kişilik haklarını koruyan 6098 sayılı TBK m. 58 hükmüdür. Dolayısıyla TBK m. 56/f. 2 hükmü öngörülmeseydi dahi yakınlar TBK m. 58 gereğince manevi tazminat talep edebilirlerdi. TBK m. 56/f. 2 hükmü, yakınların manevi tazminat talep etmelerini mümkün kılan özel bir koruma normu değildir; sadece yakınların manevi tazminat talep edip edemeyeceği yönündeki tartışmaları nihai olarak sona erdiren bir hüküm olarak değerlendirilmelidir.

3. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Kendi Görüşümüz

Karara konu olayda, tren kazasından iki bacağına da kaybeden K3, TBK m. 56/f. 1'e (BK m. 47'ye) dayanarak uğradığı manevi zararların tazminini

²² Bünyevi istidat, doğuştan veya sonradan kazanılan bir hastalık dolayısıyla vücudun belli hastalıklara karşı direnç gösterememesidir. Bünyevi istidat, failin davranışı ile birlikte zararlı sonucun meydana gelmesine katkı sağlamaktadır. Eren, Hukuka Aykırılık Bağı, s. 485.

²³ Tandoğan, Üçüncü Kişi, s. 8, 9.

²⁴ Keskin, s. 81; Kırac Adır, s. 74, 75; Kırac, s. 34, 35; Şahin, s. 149.

²⁵ Doktrinde genel olarak temel koruma normlarının, başka birini öldürme yasağı, **başkasının vücut bütünlüğünü (beden ve ruh bütünlüğünü)** ve kişiliğini koruma, aynı haklarla zilyetliği ihlal yasağı ile dürüstlük kuralına aykırı davranma yasağını kapsadığı kabul edilmektedir. Brehm, s. 37; Fischer, s. 222; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 615 (Borçlar Genel); Özel, s. 100.

²⁶ Buna karşılık doktrinde savunulan bir görüşe göre, mutlak hakkın doğrudan ihlal edilmesi kendiliğinden hukuka aykırı nitelik taşıırken, dolaylı ihlal durumunda hukuka aykırılık ancak davranış yükümlülüğüne aykırılık varsa söz konusu olur. Atamer, s. 45; Abik, s. 371, 372. Mutlak hakkın her türlü ihlalinin hukuka aykırı sayılacağı, koruma normunun ihlal edilip edilmediğinin ancak saf malvarlığı zararları bakımından önem taşıyacağı yönünde bkz. Hon-sell/Isenring/Kessler, s. 54.

talep edebilir. Çünkü bedensel bütünlüğün ihlali, kişilik haklarının zedelendiği anlamına gelir. Manevi tazminat ile kişilik değerlerinde meydana gelen irade dışı azalmaların giderilmesi amaçlanır²⁷.

Ancak dava konusu olayda tazminat talebinde bulunan kişiler, zarar gören K3'ün anne/babası ile kardeşleridir (yakınlarıdır). K3 tren kazası sonucunda iki bacağını da kaybettiğinden, bedensel bütünlüğün ağır bir şekilde ihlal edildiği her türlü şüpheden uzaktır.

Hukuka aykırı bir davranış nedeniyle bedensel bütünlüğü ağır bir şekilde zedelenen kişinin yakınlarının manevi tazminat talep edip edemeyeceği sorununun çözümü, söz konusu tazminatın hukuki niteliğinin doğru bir şekilde tayin edilmesine bağlıdır. Bu noktada doğrudan doğruya zarar ile yansıma zarar ayrımı önem arz eder. Zira doğrudan doğruya zarar halinde haksız fiil sorumluluğunun şartlarından olan hukuka aykırılığın mevcut olup olmadığı konusunda tereddüt yaşanmaz. Buna karşılık yansıma zararın tazmini için hukuka aykırılık bağının bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır²⁸.

Kanaatimizce, ağır bedensel zarar halinde yakınların uğradığı manevi zarar yansıma zarar olarak kabul edilmelidir. Çünkü bu durumda zarar doğrudan doğruya zarar görenin şahsında gerçekleşmemekte; aksine zarar gören dışında üçüncü bir kişi ona yakınlığı dolayısıyla zarara uğramaktadır. Gerçekten üçüncü kişi, zarar gören ile arasında duygusal bir yakınlık olduğu için onun bedensel bütünlüğünün ağır bir şekilde ihlal edilmesinden dolayı acı ve üzüntü duymakta, ruh sağlığı bu durumdan olumsuz etkilenmektedir. Dolayısıyla failin davranışı ile üçüncü kişinin uğradığı zarar arasında uygun illiyet bağının mevcut olduğu söylenebilir. Oluşan zarar, işin niteliğine ve hayatın olağan akışına uygun düşmektedir. Nitekim doktrin²⁹ ve uygulamada da failin davranışı ile yakınların manevi zararı arasında uygun illiyet bağının bulunup bulunmadığı tartışma konusu yapılmamıştır. Asıl tartışma, hukuka aykırılık bağının mevcut olup olmadığı sorunu üzerine yoğunlaşmıştır.

Bu tartışmalara geçmeden önce, hemen belirtelim ki, yakınların manevi tazminat talepleri, zarar görenin kişilik haklarının zedelenmesinden

²⁷ Manevi tazminat hakkında detaylı bilgi için bkz. Keskin, s. 112 vd.; Kılıçoğlu Yılmaz, s. 39 vd.

²⁸ Buna karşılık Kırca'ya göre, hukuka aykırılık bağının tayin edilmesinde doğrudan doğruya zarar ile yansıma zarar ayrımı etkin bir rol oynamaz. Bu noktada belirleyici olan, ortaya çıkan zararın saf malvarlığı zararı olup olmadığıdır. Çiğdem Kırca, Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, 1. Baskı, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2004, s. 11.

²⁹ Tandoğan, Üçüncü Şahıs, s. 8; Eren, Hukuka Aykırılık Bağı, s. 482; Çağlayan Aksoy, s. 296.

kaynaklandığından, mutlak hakkın ihlali söz konusudur. Bu noktada mutlak hakkın ihlali halinde yansıma zarardan bahsedilemeyeceği, yansıma zararın sadece saf malvarlığı zararından ibaret olduğu, dolayısıyla yakınların manevi tazminat taleplerinin yansıma zarar olarak nitelendirilemeyeceği ileri sürülebilir. Nitekim doktrinde yansıma zararların sadece saf malvarlığı zararlarından olduğu gerekçe gösterilerek yakınların manevi tazminat taleplerinin doğrudan doğruya zarar olarak nitelendirilmesi gerektiği savunulmaktadır. Ancak kanaatimizce doktrindeki hâkim görüşün aksine, yansıma zararlar saf malvarlığı zararları dışında mutlak hak ihlallerini de kapsar³⁰.

Saf malvarlığı zararı söz konusu olduğunda, normun koruma amacı teorisine göre failin davranışının hukuka aykırı sayılabilmesi için kişilerin menfaatini korumayı amaçlayan özel bir koruma normunun ihlal edilmesi gerekir. Ancak somut olayda zarar görenin yakınlarının zararı, saf malvarlığı zararı niteliği taşımadığından hukuka aykırılık bağının söz konusu olabilmesi için özel bir koruma normuna gerek yoktur. Gerçekten mutlak hakların ihlali halinde temel koruma normunun ihlal edilmiş olması gerekli ve yeterlidir. Bu noktada temel norm niteliğindeki TBK m. 58 hükmü sayesinde yakınların manevi tazminat talep edebilecekleri sonucuna ulaşılmalıdır. TBK m. 56/f. 2'deki ağır bedensel zararlar söz konusu olduğunda yakınların manevi tazminat talep edebileceği yönündeki açık hüküm olmasaydı dahi TBK m. 58'e dayanarak yakınlar lehine manevi tazminata hükmedilebilirdi. Bu yönüyle TBK m. 56/f. 2 hükmü, bir nevi malumun ilanı olmuştur. Burada incelenen kararda da görüldüğü üzere Yargıtay'ın vermiş olduğu pek çok kararda, TBK m. 56/f. 2 hükmü öngörülmeden önce de yakınların manevi tazminat talepleri kabul ediliyordu. Ancak bu hüküm, yakınların manevi tazminat talep edip edemeyecekleri konusundaki kaygıları gidermesi bakımından faydalı olmuştur.

Yargıtay'ın yakınların uğradığı manevi zararı doğrudan doğruya zarar olarak nitelendirilmesi, kanaatimizce, zarar görenin durumundan dolayı elem ve ıstırap çeken yakının tazminat alabilmesini sağlamak için yapılmış olan zorlama bir yorumdur³¹. Çünkü 818 sayılı BK döneminde TBK m. 56/f. 2 gibi bir hüküm yoktu, sadece ölüm halinde yakınların manevi tazminat talebinde bulunabileceği kabul ediliyordu (BK m. 47). Yargıtay, ağır bedensel zararlarda

³⁰ Aynı yönde bkz. Çağlayan Aksoy, s. 295.

³¹ Aynı yönde bkz. Kılıçoğlu, s. 48; Çakırca, Manevi Tazminat, s. 795.

yakınların manevi tazminat taleplerini yansıma zarar olarak nitelendirirse, özel bir koruma normu olmadığı için hukuka aykırılık bağının mevcut olmadığına, dolayısıyla haksız fiil sorumluluğunun şartlarının gerçekleşmediğine hükmetmesi gerekecekti. Ancak burada Yargıtay ihlal edilen menfaatin hukuki niteliğinin saf malvarlığı zararı olmadığını gözden kaçırmıştır. Saf malvarlığı zararı, mutlak hak dışında ekonomik menfaatin ihlali halinde ortaya çıkar. Halbuki yakının manevi tazminat talebinde bulunması durumunda zarar görenin mutlak hakkı ihlal edilmektedir. Mutlak hak ihlallerinde de özel bir koruma normuna gerek yoktur. Dolayısıyla Yargıtay, 818 sayılı BK döneminde de mutlak hak ihlalden hareket ederek TBK m. 56/f. 2'deki gibi bir norm bulunmasa dahi kişilik haklarını koruyan temel norm niteliğindeki BK m. 49'a dayanarak yakınların tazminat talep edebileceğine hükmedebilirdi.

Sonuç olarak kanaatimizce, Yargıtay'ın vardığı sonuç, yani yakınların manevi tazminat taleplerini kabul etmesi yerinde olmuştur, ancak doğrudan doğruya zarar nitelendirmesi isabetli değildir.

SONUÇ

Bedensel bütünlüğün ağır şekilde zedelendiği hallerde zarar gören dışında onların yakınları da manevi zarara uğrayabilirler. Burada incelenen kararda da görüldüğü üzere, çocuğunun kaza geçirmesinden dolayı aralarındaki duygusal yakınlıktan dolayı aile üyelerinin diğer fertleri (anne/baba, kardeşler) üzülebilir, ruhsal bütünlükleri zedelenebilir.

818 sayılı BK döneminde yakınların yalnızca ölüm durumunda manevi tazminat isteyebilecekleri hükme bağlandığından (BK m. 47), bedensel bütünlüğün ağır şekilde ihlal edilmesi durumunda yakınların aynı hakka sahip olup olmayacakları tartışmalıydı. Bu tartışmalar, zararın hukuki niteliği ile hukuka aykırılık bağının bulunup bulunmadığı noktasında yoğunlaşmaktadır. Çünkü failin davranışı ile yakınların zararı arasında uygun illiyet bağının bulunduğu genel olarak kabul edilmektedir. Ancak failin davranışının hukuka aykırı sayılabilmesi için uygun illiyet bağının yanında hukuka aykırılık bağının da mevcut olması gerekir.

Hukuka aykırılık bağı ile ilgili karar verirken, zararın hukuki niteliği belirleyici bir rol oynamaktadır. Bu noktada bedensel bütünlüğün ağır şekilde ihlali durumunda yakınların uğradığı manevi zarar, kanaatimizce “*yansıma zarar*” olarak nitelendirilmelidir. Çünkü doğrudan doğruya zararın aksine burada zarar görenin değil, üçüncü bir kişinin menfaati zedelenmektedir. Yansıma zararın maddi zararlarla sınırlı olmaması ve kanaatimizce saf

malvarlığı zararları dışında mutlak hak ihlallerini de kapsamayı, varılan bu sonucu desteklemektedir. Dava konusu olayda ağır bedensel zararlar ile zarar görenin kişilik hakları ihlal edildiğinden saf malvarlığı zararı değil, mutlak hak ihlali söz konusudur.

Saf malvarlığı zararı söz konusu olsaydı, failin bedensel bütünlüğü ihlal eden davranışının, zarar göreni korumayı amaçlayan özel bir koruma normunu ihlal etmesi gerekirdi. Zira zarar görenin menfaati bu normun koruma alanı içinde yer almazsa, failin davranışı hukuka aykırı sayılmazdı. Buna karşılık somut olayda mutlak hak ihlali söz konusu olduğundan, özel koruma normunun ihlal edilip edilmemesi önemli değildir. Temel koruma normunun ihlal edilmesi, hukuka aykırılığın (hukuka aykırılık bağının) varlığı için yeterlidir. Dava 818 sayılı BK zamanında açıldığından, temel norm niteliğindeki BK m. 49'a dayanarak yakınların yansımaya suretiyle manevi zararlarının tazminine hükmedilmelidir. Bunun yerine Yargıtay'ın yakınların tazminat talebini kabul ederken, oluşan zararı doğrudan doğruya zarar olarak nitelendirilmesi isabetli olmamıştır.

Buna karşılık dava 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu zamanında aılsaydı, TBK m. 56/f. 2 hükmü uygulama alanı bulurdu. Hükümde açıkça ağır bedensel zararlarda yakınların manevi tazminat talep edebilecekleri ifade edilmiştir. Kanaatimizce bu hüküm olmasaydı dahi temel norm niteliğindeki TBK m. 58'e dayanarak da yakınlar yansımaya yoluyla gerçekleşen manevi zararlarının tazminini isteyebilirlerdi.

KAYNAKÇA

- Abik Y, “Normun Koruma Amacı Teorisi”, AÜHFD, 2010, 59 (3), 345-448.
- Atamer Y, Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları, 1. Baskı, Beta Basımevi, 1996.
- Ayan E, Sözleşme Sorumluluğunun Sınırlandırılması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2013.
- Brehm R, Art 41 OR/ “Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt (...)” (Widerrechtlichkeit), Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art 41-61 OR Obligationenrecht, Berner Kommentar, 5. Auflage, Stampfli Verlag, 2021, <<https://www.swisslex.ch>>, Erişim Tarihi: 20.03.2022.
- Çağlayan Aksoy P, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, 2016.
- Çakırca S. İ, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Ağır Bedensel Zararlarda Yakınların Manevi Tazminat Talebi”, YÜED, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, 2013, 785-807 (Manevi Tazminat).
- Çakırca S. İ, Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zararı, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2012 (Yansıma Zarar).
- Eren F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Yetkin Yayınları, 2017 (Borçlar Genel).
- Eren F, “Hukuka Aykırılık Bağı veya Normun Koruma Amacı Teorisi”. Prof. Dr. Mahmut Koloğlu’ya 70. Yaş Armağanı, 1975, 461-491 (Hukuka Aykırılık Bağı).
- Eren F, “Türk Borçlar Hukukunda Kişiyeye İlişkin Zarar”, Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini, Uluslararası Kongre, 2016, C. 1, 57-76 (Kişiyeye İlişkin Zarar).
- Eren F, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, 1. Baskı, Sevinç Matbaası, 1975 (Uygun İlliyet Bağı).
- Erlüle F, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Yürürlüğe Girmesinin Ardından Yargıtay’ın Bedensel Zararlarda Yakınların Manevi Tazminat Talebine İlişkin Uygulaması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdet Yavuz'a Armağan, 2016, 22 (3),1087-1117.
- Fischer W, OR 41, OFK-Orell Füssli Kommentar, 3. Auflage, Orell Füssli Verlag, 2016, <<https://www.swisslex.ch>>, Erişim Tarihi: 15.03.2022.
- Genç Arıdemir A, "İsviçre Federal Mahkemesi'nin Yakınların Manevi Tazminat Taleplerine Uygulanacak Zamanaşımı Süresine İlişkin Bir Kararının İncelenmesi ve Kararda Varılan Sonucun Türk Hukuku Bakımından Uygulanması", İÜHFM, 2008, 66 (1), 255-274.
- Honsell H/Isenring B/Kessler M. A. Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Auflage, Schulthess Juristische Medien, 2013, <<https://www.swisslex.ch>>, Erişim Tarihi: 01.04.2022.
- Keskin D, Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, 2016.
- Kılıçoğlu K, Yansıma Yoluyla Zarar, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, 2012.
- Kılıçoğlu Yılmaz K, "Kişilik Hakkının İhlalinde Manevi Tazminat", THD, 2016, 11 (115), 39-55.
- Kıraç Adır E, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Ağır Bedensel Zarar Görenin Yakınlarının Manevi Tazminat Talebi, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, 2018.
- Kıraç E, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Ağır Bedensel Zarar Halinde Yakınların Uğradığı Manevi Zararın Hukuki Niteliğinin Belirlenmesi", İzmir Barosu Dergisi, 2017, S. 2, 11-48.
- Kırca Ç, Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, 1. Baskı, Sözkese Matbaacılık, 2004.
- Oğuzman M. K/Öz M. T, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2017.
- Özel Ç, "Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler", AÜHFD, 2001, 50 (4), 81-106.
- Sulu M, "Ölüm ve Bedensel Bütünlüğün İhlali Halinde Manevi Tazminat", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdet Yavuz'a Armağan, 2016, 22 (3), 2737-2756.

- Şahin A, “Vücut Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Zarar ve Tazmini”, GÜHFD, 2011, 15 (2), 123-165.
- Tandoğan H, “Hukuka Aykırılık Bağı”, BATİDER, 1979, C. 10, 1-21 (Hukuka Aykırılık Bağı).
- Tandoğan H, Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk-İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 1. Baskı, Ajans Türk Matbaası, 1963 (Üçüncü Şahıs).
- Tekinay S. S/Akman S/Burcuoğlu H/Altıp A, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, 1993.

Elektronik Kaynaklar

- Hukuktürk Hukuk Bilgi Bankası, <<http://www.hukukturk.com>>
- Swisslex, <<https://www.swisslex.ch>>
- Lexpera, <<https://www.lexpera.com.tr>>

KARARLAR

- YHGK, 1995/11-22 E., 1995/430 K., 26.04.1995.
- Y. 4. HD, 2001/4012 E., 2001/8028 K., 17.09.2001.
- Y. 21. HD, 2004/8116 E., 2004/9009 K., 27.10.2004.
- Y. 11.HD, 2004/13456 E., 2005/1242 K., 15.02.2005.
- Y. 11. HD, 2004/8414 E., 2005/6326 K., 16.06.2005.
- Y. 21. HD, 2007/3976 E., 2007/5212 K., 27.03.2007.
- Y. 11. HD, 2009/3142 E., 2010/9750 K., 05.10.2010.

**YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİ’NİN 2019/3292 E., 2021/1848
K. SAYILI ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİĞORTASI
KAPSAMINDA TAZMİNAT HESAPLAMASINDA KULLANILAN
YÖNTEME İLİŞKİN KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ**

*Evaluation Of The Decision Of The 17th Civil Chamber Of The Court
Of Cassation Numbered 2019/3292 E., 2021/1848 K. Regarding The
Method Used In The Calculation Of Compensation Within The Scope Of
Compulsory Liability Insurance*

Mustafa İsmail KAYA*
Funda KARAMAN**

Özet

Anayasa Mahkemesi’nin 17/7/2020 tarihli ve E.: 2019/40, K.: 2020/40 sayılı Kararından sonra Yargıtay, bakiye ömrün belirlenmesinde TRH-2010 tablosunun esas alınması gerektiği, ancak hesaplamalarda progresif rant yönteminin kullanılması ile bilinmeyen (işleyecek) devredeki gelirlerin her yıl için % 10 artırılıp % 10 iskonto edilmesi suretiyle tazminat miktarının tespit edilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir.

Yargıtay’ın bu içtihadı, 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun (KTK) 90. maddesi 09/10/2020 tarihli Resmi Gazetede yer alan Anayasa Mahkemesi’nin 17/7/2020 tarihli ve E.: 2019/40, K.: 2020/40 sayılı Kararı ile, bu maddenin birinci cümlesinde yer alan “...ve bu Kanun çerçevesinde hazırlanan genel şartlarda...” ibaresinin ve ikinci cümlesinde yer alan “...ve genel şartlarda...” ibaresinin Anayasa’ya aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmesi üzerine geliştirilmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi’nin KTK. m. 90 hükmü yönünden verdiği karardan dolayı Yargıtay’ın geliştirdiği içtihadın sigorta hukukuna hakim olan gerçek zarar ve zenginleşme yasağı ilkeleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi kararı neticesinde trafik sigortasından kaynaklanan tazminatların Genel Şartlara göre hesaplanamayacağı sonucuna varılarak, tamamen aktüerya bilimi açısından değerlendirilmesi gereken bir hususta sigorta hukuku ilkeleriyle çelişir bir içtihat oluşturulmuştur. Bu çalışma ile aktüerya bilimi ilkeleri çerçevesinde, Yargıtay’ın benimsediği progresif rant yöntemine göre hesaplama yapılmasının uygun olup olmadığı incelenecektir.

* Prof. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku ABD, Ankara, **e-posta:** mustafa.kaya@hbv.edu.tr **ORCID:** 0000-0002-3484-9569

** Dr., Hacettepe Üniversitesi, Fen Fakültesi, Aktüerya Bilimleri Bölümü
e-posta: fundakaraman@hacettepe.edu.tr **ORCID:** 0000-0002-0866-3154

Anahtar Kelimeler: *Progresif Rant Yöntemi, Teknik Faiz, TRH-2010, Gerçek Zarar, Zenginleşme Yasağı*

Abstract

After the decision of the Constitutional Court dated 17/7/2020 and numbered E.: 2019/40 and K.:2020/40, the Court of Cassation decided that in compensation calculation, TRH-2010 should be the basis while determining the estimated remaining life, but the compensation should be determined by using progressive rent method by increasing the income by 10% and then decreasing it by 10% for each year in the unknown (working) period.

This precedent of the Court of Cassation was developed after, the phrase "...and in the general conditions prepared within the framework of this Law..." in the first sentence and the phrase "...and in the general conditions..." in the second sentence in the article 90 of Highway Traffic Law No.2918 (KTK), were decided to be unconstitutional and therefore cancelled by decision of the Constitutional Court dated 17/7/2020 and numbered E.: 2019/40, K.: 2020/40, which was published in the Official Gazette dated 09/10/2020. However, due to the decision of the Constitutional Court regarding the provision of article 90 of KTK, the precedent developed by the Court of Cassation should be evaluated within the framework of the basic principles of the insurance law which are actual damage and prohibition of enrichment.

The Constitutional Court concluded that the compensations arising from traffic insurance cannot be calculated according to the General Conditions, instead they should be evaluated entirely in terms of actuarial science. As a result of its decision, The Constitutional Court set a precedent that contradicts the principles of the insurance law. In this study, it will be examined in principles of actuarial science, whether it is appropriate to calculate the compensation according to the progressive rent method adopted by the Court of Cassation.

Keywords: *Progressive Rent Method, Technical Interest, TRH-2010, Actual Damage, Prohibition of Enrichment.*

I. İNCELEME KONUSU KARAR

Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin 2019/3292 Esas 2021/1848 Karar sayılı kararı aşağıda verilmiştir.

Dava: Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan istinaf incelemesi sonunda; kararda yazılı nedenlerden dolayı istinaf başvurusunun esastan reddine dair verilen kararın süresi içinde davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği düşünüldü:

Karar: Davacı vekili, 22/12/2015 tarihinde müvekkilinin oğlu, davalı

sigorta şirketine trafik sigortası ile sigortalı..... plakalı araçta yolcu olduğu sırada meydana gelen trafik kazasında hayatını kaybettiğini, desteğin bekar olarak vefat ettiğini, müteveffanın sağ iken 5.100,00TL civarında maaş ile çalıştığını ve davacı anne ile birlikte yaşamakta olduğunu, davacı annenin vefat edenin desteğinden yoksun kaldığını, davacının 3. kişi konumunda olması nedeniyle kusurdan bağımsız olarak zararın tazminini talep ettiklerini, sigorta şirketine yapılan müracaatın sonuçsuz kaldığını, sigorta şirketinin davacıya rücu hakkının olmadığını belirterek fazlaya dair hakları saklı kalmak kaydı ile şimdilik 10.000,00TL destekten yoksun kalma tazminatının kaza tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiş, 31.01.2018 havale tarihli dilekçesinde, bilirkişi raporundaki aleyhe olan durumları kabul etmediklerini belirterek maddi tazminat talebini fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla şimdilik bilirkişi raporu doğrultusunda 90.663,45 TL'ye yükseltmiştir.

Davalı vekili, aracın müvekkili şirket nezdinde trafik sigortası ile sigortalı olduğunu, davacının başvurusu üzerine aktüer hesabı yaptırılarak S.. S..'ın vefatı ile ilgili olarak TRH tablosu ve 1,8 teknik faiz kullanılarak hesaplanan destekten yoksun kalma tazminatı olarak 128.358,44 TL'nin 07/02/2017 tarihinde müvekkil şirket tarafından ödendiğini, davacının tüm zararının karşılandığını, bilirkişi tarafından hesaplama yapılırken ödeme tarihinden hesap tarihine kadar faizi ile güncellenmesi gerektiğini belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece 09/03/2018 tarihli ve 2017/140 Esas, 2018/182 sayılı kararında davanın kısmen kabulü ile 81.418,08 TL'nin 18/01/2017 tarihinden işleyecek yasal faizi ile davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, fazlaya ilişkin talebin reddine, dair karar verilmiş, karara karşı taraf vekillerinin istinaf yoluna başvurması üzerine Bölge Adliye Mahkemesi'nce davacı vekilinin istinaf isteminin 6100 sayılı HMK 353/1-b-1 maddesi gereğince esastan reddine, davalı vekilinin istinaf kanun yolu başvurusunun kabulü ile 6100 sayılı HMK'nun 353/1-a maddesi gereğince Samsun Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 09/03/2018 gün ve 2017/140 Esas-2018/182 sayılı kararının kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın yerel mahkemeye gönderilmesine, karar verilmiş, mahkemece yeniden yapılan yargılama sonucunda davanın kısmen kabulü ile 7.193,66 TL maddi tazminatın 18/01/2017 temerrüt tarihinden işleyecek yasal faizi ile davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, fazla talebin reddine, dair karar verilmiş, karara karşı davacı vekilinin istinaf yoluna başvurması üzerine Bölge Adliye

Mahkemesi'nce davacı vekilinin istinaf isteminin 6100 sayılı HMK 353/1-b-1 maddesi gereğince esastan reddine, dair karar verilmiş, Bölge Adliye Mahkemesi kararı davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına, Dairemizce 2020 yılı Aralık ayı itibari ile tazminat hesaplarında bakiye ömrün belirlenmesinde TRH 2010 tablosunun esas alınmasının güncellenen ülke gerçeklerine daha uygun olacağına karar verilmiş olmasına göre, davacı vekilinin yerinde görülmeyen aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2-Dava, trafik kazasından kaynaklanan ölüm nedeniyle destekten yoksun kalma tazminatı istemine ilişkindir.

Dava dilekçesinde desteğin 22/12/2015 tarihli kazada vefat ettiği, vefat etmeden önce aylık gelirinin 5.100,00 TL olduğu belirtilmiştir. Mahkemece kolluk marifetiyle yaptırılan ekonomik sosyal durum araştırmasında desteğin tıbbi aletler satış elemanı olduğu ve aylık gelirinin 2.500,00 TL olduğu belirtilmiştir. Dosyaya getirilen SGK kayıtlarında ise 2015/1-5 ayları arasında 2.601,73 TL, 2015/6 ayında 2.696,07, 2015/7-11 ayları arasında 2.766,18 TL, 2015/12 ayında ise 5.017,65 TL kazancı olduğu anlaşılmıştır. Mahkemece, desteğin kaza tarihinde çalıştığı işyerinin ticaret siciline kayıtlı adresine müzekkere yazılmış ve taşındığı gerekçesiyle iade dönmüştür.

Somut olayda, dosya kapsamından desteğin özel bir şirkette işçi olarak çalıştığı sabittir. Hükme esas alınan bilirkişi kök ve ek raporunda, desteğin aylık gelirine ilişkin SGK kayıtları dışında bilgi ve belge bulunmadığı, SGK kayıtları incelendiğinde desteğin süreklilik arz eden gelirinin esas alınması gerektiği, bu durumda 2.766,18 TL brüt ücreti olduğu dikkate alınarak yapılacak kesintiler sonucunda aylık net gelirinin 2.067,67 TL olduğu, asgari ücretin 2,066 katı gelir elde ettiği belirtilmiş ve buna göre hesaplama yapılmış, mahkemece bu hesaplama dikkate alınarak davanın kısmen kabulüne dair karar verilmişse de mahkemece desteğin elde ettiği gelirin belirlenmesi için yapılan araştırma yeterli olmayıp, maddi tazminat (zararın) hesabı için gerçek gelirinin belirlenmesi gerekmektedir. Eksik inceleme ile hüküm kurulamaz. Bu durumda, mahkemece desteğin, öncelikle çalıştığı işyerinin adresi tespit edilerek, işyerinden kaza tarihinden geriye doğru 9-10 aydan başlayarak kaza tarihine kadarki tüm ilave ödemeler ile ikramiyeleri de gösteren

maaş bordrolarının okunaklı suretlerinin getirtilerek desteğin aylık gerçek kazancının belirlenip aktüer hesabının bu gerçek kazanç üzerinden yapılması gerekirken eksik inceleme ile hüküm tesis edilmesi doğru görülmemiştir.

3-Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları 14 Mayıs 2015 gün 29355 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak 01 Haziran 2015 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları ekindeki, sürekli sakatlık tazminatı hesaplamasına dair usullere ilişkin Ek 3 nolu cetvelin 3. maddesinde, “hesaplamalarda ölüm tablosu olarak TRH 2010 tablosu dikkate alınır. Tablonun belirli periyodlarla güncellenmesi halinde tazminat tutarı, kaza tarihi itibarıyla güncel versiyona göre hesaplanır” düzenlemesine; 4. maddesinde, “hesaplamalarda, iskonto oranı (teknik faiz), % 1,8 olarak dikkate alınır; iskonto oranı gerekli görülen hallerde Hazine Müsteşarlığı tarafından güncellenir” düzenlemesine; 8. maddesinde ise, “tazminat, ax, n formülü ile hesaplanır. Tazminat hesaplanırken Devre Başı Ödemeli Belirli Süreli Rant formülü esas alınır” düzenlemesine yer verilmiştir.

Dava tarihinde yürürlükte bulunan 2918 sayılı KTK.nın 90. maddesinde “Zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamındaki tazminatlar bu Kanun ve bu Kanun çerçevesinde hazırlanan genel şartlarda öngörülen usul ve esaslara tabidir. Söz konusu tazminatlar ve manevi tazminata ilişkin olarak bu Kanun ve genel şartlarda düzenlenmeyen hususlar hakkında 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun haksız fiillere ilişkin hükümleri uygulanır.” şeklindeki düzenleme ve zorunlu mali sorumluluk sigortası teminatı kapsamı dışında bulunan hallerin düzenlendiği 92/i maddesindeki “Bu Kanun çerçevesinde hazırlanan zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartları ve ekleri ile tanımlanan teminat içeriği dışında kalan talepler.” şeklindeki düzenleme Anayasa Mahkemesinin 17.7.2020 tarihinde 2019/40 E-202/40 K. sayılı kararı ile Karayolları Trafik Kanunu’nun 90. maddesinin birinci cümlesinde yer alan “...ve bu Kanun çerçevesinde hazırlanan genel şartlarda...” ibaresi ile ikinci cümlesindeki “...ve genel şartlarda...” ibaresinin ve 92. maddesinin (i) bendinin Anayasa’ya aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmiştir.

Anayasa mahkemesinin iptal kararı ile zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamındaki tazminatların zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarına göre belirleneceğine dair düzenleme iptal edilmiştir.

T.C. Anayasası’nın 153/6. maddesinde, “Anayasa Mahkemesi kararları

Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar.” düzenlemesi mevcut olup, bu düzenlemenin doğal sonucu olarak Anayasa Mahkemesi’nce bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tümünün ya da bunların belirli hükümlerinin Anayasa’ya aykırı bulunarak iptal edildiğinin bilindiği halde görülmekte olan davaların Anayasa’ya aykırılığı saptanan kurallara göre görüşülüp çözümlenmesi, Anayasa’nın üstünlüğü prensibine ve hukuk devleti ilkesine aykırı düşeceği için uygun görülmeceği kabul edilmektedir. Anayasa Mahkemesi’nin somut norm denetimi neticesinde verdiği iptal kararlarının Resmî Gazete’de yayımlanması ile sonuç doğuracağı ve eldeki tüm uyumsuzluklara uygulanması gerektiği uyulması zorunlu yargısal içtihatlar ile kabul edilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin 17.7.2020 tarihinde 2019/40 E-202/40 K. sayılı kararı ile Karayolları Trafik Kanunu’nun 90. maddesinin birinci cümlesinde yer alan “...ve bu Kanun çerçevesinde hazırlanan genel şartlarda...” ibaresi ile ikinci cümlesindeki “...ve genel şartlarda...” ibaresinin ve 92. maddesinin (i) bendinin Anayasa’ya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiş olması nedeniyle davacının zararının ve zararın kapsamının 2918 sayılı KTK’nın ve 6098 sayılı TBK’nın haksız fiile ilişkin hükümlerine ve Yargıtay uygulamalarına göre belirlenmesi gerekir.

Somut olayda, ilk derece mahkemesi kararına karşı davacı vekilinin ve davalı vekilinin istinafyoluna başvurusu üzerine, Bölge Adliye Mahkemesince davacı vekilinin istinaf başvurusunun esastan reddine, davalı vekilinin istinaf başvurusunun kabulü ile kararın kaldırılmasına karar verilmiş, ZMSS yeni genel şartları gereğince TRH tablosu esas alınarak hesaplama yapılması gerektiği belirtilerek dosya yerel mahkemeye gönderilmiştir. Bu karardan sonra, mahkemece alınan 17.10.2018 tarihli bilirkişi raporunda TRH yaşam tablosu esas alınmış ve iskonto oranı % 1,8 (teknik faiz) uygulanarak hesaplama yapılmış, devre başı ödemeli belirli rant yöntemine göre belirlenen tazminat miktarına göre mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiş ve davacı vekilinin karara karşı istinaf başvurusunun da esastan reddine karar verilmişse de, genel şartlara atf yapan kanuni düzenleme Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir.

Bu durumda mahkemece, ZMSS Genel Şartları ekindeki cetvellere göre (devre başı ödemeli belirli rant yöntemi, % 1,8 teknik faizle) tazminat hesabının yapılmasına ilişkin olarak KTK’nun 90. maddesinde yapılan değişikliğin Anayasa Mahkemesince iptal edildiği, Dairemiz Yargıtay’da

uygulama birliğinin sağlanması yönünde tazminat hesaplarında bakiye ömrün belirlenmesinde TRH 2010 tablosunun esas alınması için içtihat geliştirdiği ancak hesaplamalarda progresif rant yönteminin kullanılması ile bilinmeyen (işleyecek) devredeki gelirlerin her yıl için % 10 artırılıp % 10 iskonto edilmesi suretiyle tazminatın hesaplanması için bilirkişiden ek rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi için yerel mahkeme kararının bozulması gerekmiştir.

4-Davacı lehine hesaplanan tazminattan, desteğin müterafik kusuru nedeniyle mahkeme tarafından yapılan indirim sonucu belirlenen tazminat tutarları hüküm altına alınırken, davanın kısmen reddine karar verildiğinden, davalı taraf lehine vekalet ücretine hükmedilmiştir. Oysa, yasal düzenlemeler gereği, TBK'nun 43. ve 44. maddelerinden kaynaklanan hakkaniyet ve takdiri indirimler nedeniyle, davanın kısmen reddedilmesi halinde, indirimden dolayı reddedilen kısım için davalı yararına vekalet ücreti takdir edilemeyeceğinin gözönüne alınması gerekirken, davalı yararına müterafik kusur indiriminden dolayı reddedilen kısım için vekalet ücretine hükmedilmesi de doğru değildir.

KARAR : Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin sair temyiz itirazlarının REDDİNE, (2), (3) ve (4) nolu bentlerde açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile Bölge Adliye Mahkemesi Kararının BOZULMASINA, HMK'nun 373/1. maddesi gereğince istinaf mahkemesinin davalı vekilinin istinafta talebinin esastan reddine dair kararının kaldırılarak dosyanın kararı veren İlk Derece Mahkemesine gönderilmesine, karardan bir örneğinin Bölge Adliye Mahkemesine, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine, 24.02.2021 gününde oybirliği ile karar verildi.

II. OLAYIN ÖZETİ

Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası, motorlu bir aracın karayolunda işletilmesi sırasında, bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına neden olması halinde o aracı işletenin zarara uğrayan üçüncü kişilere karşı olan sorumluluğunu belli limitler dahilinde karşılamak amacıyla yapılan bir sigorta türüdür. Karayolları Trafik Kanunu m. 91'e göre, işletenlerin, bu Kanunun 85 inci maddesinin birinci fıkrasına göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere mali sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunludur.

Sigortacı, poliçede tanımlanan motorlu aracın işletilmesi sırasında, bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına

sebebiyet vermiş olmasından dolayı, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na göre işletene düşen hukuki sorumluluğu, zorunlu sigorta limitlerine kadar temin eder. Bu bağlamda aracın işletilmesinden dolayı üçüncü kişilere verilen zararı karşılamakla yükümlü olan sigorta şirketinin borcunun kapsamının belirlenmesi önem arz etmektedir.

Sigorta teminat kapsamının, sigortacı ve sigortalının hak ve yükümlülükleri, rizikonun gerçekleşmesi durumunda sigorta tazminatının ödenmesi ile ilgili konular sigorta genel şartlarında düzenlenmektedir. Nitekim Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının amaç başlığını taşıyan A.1 maddesinde de, bu Genel Şartların amacının,13/10/1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu uyarınca motorlu araç işletenlerine yüklenen hukuki sorumluluk için düzenlenen Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasına yönelik ilgililerinin hak ve yükümlülüklerine ilişkin usul ve esasların düzenlenmek olduğu belirtilmiştir. Sigortanın kapsamını düzenleyen A.3 hükmüne göre de, sigortacı, poliçede tanımlanan motorlu aracın işletilmesi sırasında, üçüncü şahısların ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına sebebiyet vermiş olmasından dolayı, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa göre sigortalıya düşen hukuki sorumluluk çerçevesinde bu Genel Şartlarda içeriği belirlenmiş tazminatlara ilişkin talepleri, kaza tarihi itibarıyla geçerli zorunlu sigorta limitleri dahilinde karşılamakla yükümlüdür. Sigortanın kapsamı üçüncü şahısların, sigortalının Karayolları Trafik Kanunu çerçevesindeki sorumluluk riski kapsamında, sigortalıdan talep edebilecekleri tazminat talepleri ile sınırlıdır. Dolayısıyla sigorta genel şartlarının ihdas edilmesinin temel amaçlarından birinin tazminat kapsamının belirlenmesi olduğu söylenebilir.

KTK'nın 90. maddesi 09/10/2020 tarihli Resmi Gazetede yer alan Anayasa Mahkemesi'nin 17/7/2020 tarihli ve E.: 2019/40, K.: 2020/40 sayılı Kararı ile, bu maddenin birinci cümlesinde yer alan "...ve bu Kanun çerçevesinde hazırlanan genel şartlarda..." ibaresinin ve ikinci cümlesinde yer alan "...ve genel şartlarda..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra KTK'nın 90 maddesi, 19.06.2021 tarihli İcra ve İflâs Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 18. maddesi ile değişikliğe uğramıştır. Maddenin yeni hali şu şekildedir: Zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamındaki tazminatlar bu Kanunda (...) (2) öngörülen usul ve esaslara tabidir. (Ek

cümle:9/6/2021-7327/18 md.) Bu tazminatlardan;

a) Değer kaybı tazminatı, aracın; piyasa değeri, kullanılmışlık düzeyi, hasara uğrayan parçaları ile hasar tutarı dikkate alınarak,

b) Destekten yoksun kalma tazminatı, ulusal doğum ve ölüm istatistikleri kullanılarak hazırlanan hayat tablosu ve zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarında yüzde 2'yi geçmemek üzere belirlenen iskonto oranı esas alınarak hayat anüiteleri ile genel kabul görmüş aktüerya kurallarına uygun olarak,

c) Sürekli sakatlık tazminatı, ulusal doğum ve ölüm istatistikleri kullanılarak hazırlanan hayat tablosu, zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarında yüzde 2'yi geçmemek üzere belirlenen iskonto oranı ve sürekli sakatlık oranı esas alınarak hayat anüiteleri ile genel kabul görmüş aktüerya kurallarına uygun olarak,

hesaplanır. Söz konusu tazminatlar ve manevi tazminata ilişkin olarak bu Kanunda düzenlenmeyen hususlar hakkında 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun haksız fiillere ilişkin hükümleri uygulanır.

(Ek fıkra:9/6/2021-7327/18 md.) Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından belirlenir.

Anayasa Mahkemesi'nin kararından sonra, ancak 2918 sayılı KTK'da yapılan değişiklikten önce madde; "Zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamındaki tazminatlar bu Kanunda öngörülen usul ve esaslara tabidir. Söz konusu tazminatlar ve manevi tazminata ilişkin olarak bu Kanunda düzenlenmeyen hususlar hakkında 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun haksız fiillere ilişkin hükümleri uygulanır." şeklindeydi. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi KTK'nın 90. maddesini iptal etmesiyle, borcun kapsamının 2918 sayılı Yasa çerçevesinde hazırlanan Genel Şartlara göre değil, KTK ve bu kanunda düzenlenmeyen hususlar açısından Borçlar Kanunu'nun haksız fiillere ilişkin hükümlerine göre belirlenmesi gerektiği sonucuna varılmış ve Yargıtay bu yönde içtihat geliştirmiştir.

III. ÇÖZÜMLENMESİ GEREKEN HUKUKİ SORUN

Anayasa Mahkemesi'nin KTK'nın 90. maddesinde yer alan tazminatların genel şartlara göre belirleneceğine yönelik ifadelerin iptaline ilişkin kararının gerekçesi irdelendiğinde, genel şartların idare tarafından düzenlenmiş

olması ve her zaman değiştirilebilmesinin hukuki güvenlik açısından uygun olmadığı, borcun kapsamına ilişkin temel çerçeve ve ilkelerin kanunda belirlenmemiş olması ve idareye geniş takdir yetkisi verilmiş olmasının, Anayasa'da öngörülen kanunilik ilkesine aykırı olduğu gibi temel gerekçelere dayandırdığı anlaşılmaktadır¹.

Gerekçedeki ifadeler esas alındığında, gerçek zarar ilkesi açısından tazminatın kapsamının Genel Şartlara göre değil, KTK ve TBK esas alınarak yapılmasının gerekli olduğu kabul edilmektedir. Gözden uzak tutulmaması gereken husus, Anayasa Mahkemesi'nin genel şartları tamamen yürürlükten kaldırmadığı, ancak tazminatın kapsamının genel şartlara göre değil, Kanun'a uygun yapılması gerektiğine karar vermiş olduğudur. Mahkeme kararı ve gerekçeleri dikkate alındığında, genel şartlarda tazminatın kapsamını düzenleyen, ancak kanundaki gerçek zarar ilkesine uygun olmayan düzenlemelerin dikkate alınmaması, buna karşın genel şartlarda düzenlenmiş olsa da, gerçek zarar ilkesine aykırı olmayan düzenlemelerin uygulanmaya devam etmesi gerektiği sonucuna varılmalıdır. Başka bir deyişle, ayrıntıları genel şartlarda düzenlenmiş olmasına karşın, kanuna aykırı olmadığı bilimsel olarak açıkça ispat edilebilen hükümlerin uygulanması Anayasa Mahkemesinin bu iptal kararından sonra da mümkün olmalıdır. Zira Anayasa Mahkemesi'nin tazminat hesaplamasına ilişkin iptalin temel gerekçesinin, gerçek zarar ilkesiyle bağdaşmayan tazminat hesaplama yöntemlerinin uygulanmaması gerektiği düşüncesinden kaynaklandığı söylenebilir. Dolayısıyla Genel Şartlardaki tazminat kapsamının belirlenmesine ilişkin hangi düzenlemelerin gerçek zarar ilkesine uygun olduğu, başka bir deyişle hangi düzenlemelerin "tazminat borcu kapsamının kanuna göre belirlenmesi" gerektiği ilkesiyle çelişmediğinin ortaya konması zaruridir.

Anayasa Mahkemesi kararından sonra da temel amacın, trafik kazasında zarara uğrayan kişinin zararının tam olarak karşılanması olduğu açıktır. Nitekim AYM kararı sonrası Yargıtay içtihatları TRH-2010 yaşam tablosunun dikkate alınması gerektiği ve hesaplamada progresif rant formülü uygulanması gerektiği şeklinde oluşmuş olsa da, 2918 sayılı KTK m. 90'da yapılan düzenleme ile de teknik faizin 2'nin altında olmak üzere genel şartlarda düzenlenmesi gerektiği öngörülmüş, yeni genel şartlarda da Kanun düzenlemesine uyularak 1,65 teknik faize göre hesaplama kabul edilmiştir.

Kanun değişikliği ve bunun akabinde Genel Şartlar'da yapılan

¹ <https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/norm-denetimi-basin-duyurulari/zorunlu-mali-sorumluluk-sigortasi-genel-sartlarinin-belirlenmesinde-yurutmeye-yetki-veren-bazikuralların-iptali/> Erişim Tarihi: 22.06.2022

düzenlemede de, sıfır faiz uygulanmasının ancak enflasyonun sıfır olduğu ekonomik sistemlerde hakkaniyete uygun olduğu, Türkiye gibi enflasyonun yüksek olduğu ekonomiler yönünden sıfır faiz uygulanmasının bir tarafın sebepsiz zenginleşmesine sebebiyet vereceği hususunun göz önünde tutulduğunu söylemek mümkündür.

IV. PROGRESİF RANT YÖNTEMİ

A. Genel Olarak

Yargıtay'ın inceleme konusu edilen ve diğer içtihatlarında progresif rant yöntemi esas alınarak tazminat hesaplaması yapılması öngörüldüğünden, öncelikle bu kavramın açıklanması gerekmektedir. *Progresif* kelimesi İngilizce kökenli “progressive” kelimesinde alınmıştır. Tanım olarak “giderek ilerleyen” ve *rant* kelimesi ise Fransız kökenli “rente” kelimesinden türetilmiş sözlük anlamı “getirim” olarak tanımlanır. Dolayısıyla progresif rant kavramı, “giderek ilerleyen getirim” biçiminde ifade etmek mümkündür.²

Progresif rant yöntemi, yatırım ve finans literatüründe yaygın olarak kullanılan bir kavramdır. Bu yöntemin, karşımıza en yaygın çıktığı yer taksitle ödeme vaadi içeren borçlar ve yatırım araçlarının (bono, tahvil gibi) piyasa ve defter değerlerinin belirlenmesinde kullanılmaktadır.³

Progresif rant yöntemi, ilgili kararın bozma gerekçesi aşağıdaki biçimde yer almıştır.

Somut olayda, ilk derece mahkemesi kararına karşı davacı vekilinin ve davalı vekilinin istinafyoluna başvurusu üzerine, Bölge Adliye Mahkemesince davacı vekilinin istinaf başvurusunun esastan reddine, davalı vekilinin istinaf başvurusunun kabulü ile kararın kaldırılmasına karar verilmiş, ZMSS yeni genel şartları gereğince TRH tablosu esas alınarak hesaplama yapılması gerektiği belirtilerek dosya yerel mahkemeye gönderilmiştir. Bu karardan sonra, mahkemece alınan 17.10.2018 tarihli bilirkişi raporunda TRH yaşam tablosu esas alınmış ve iskonto oranı % 1,8 (teknik faiz) uygulanarak hesaplama yapılmış, devre başı ödemeli belirli rant yöntemine göre belirlenen tazminat miktarına göre mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiş ve davacı vekilinin karara karşı istinaf başvurusunun da esastan reddine karar verilmişse de, genel şartlara atıf yapan kanuni düzenleme Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir.

² Türkçe sözlük, (Erişim tarihi:01.06.2022), <https://sozluk.gov.tr/>

³ Meral Sucu/Funda Kul, “Finans Matematiği”, 4.Bası, Nobel Yayınevi, Ankara, 2021, s. 59

“Devre başı ödemeli belirli rant yöntemi” aktüerya literatüründe “dönem başı belirli anüite (annuity-due)” olarak tanımlanmaktadır.⁴

B. Devre Başı Ödemeli Belirli Rant Yöntemi Formülü

n dönem boyunca her yılın başında 1 birim ödenen bir anüite verilsin. Bu tür annüitelere *dönem başı anüite* adı verilmekte olup, ilgili zaman doğrusu Şekil 1’de verilmiştir:

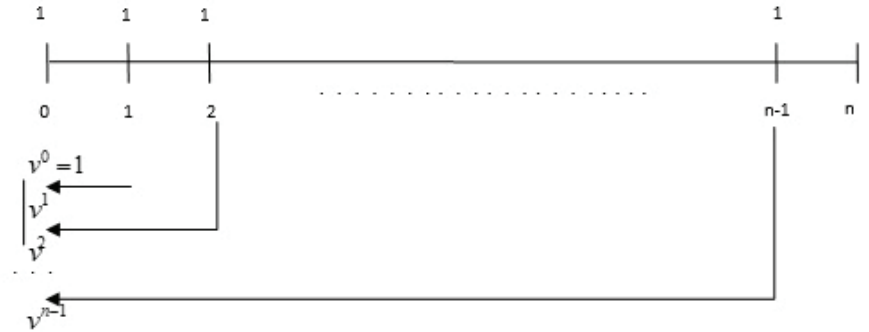
Şekil 1. Dönem Başı Anüite İçin Zaman Doğrusu

Bu anüiteye ilişkin zaman doğrusunun $t=0$ noktasındaki C değerinin gösterimi, Şekil 2’de gibidir.



Şekil 2. Devre başı ödemeleri belirli rant için bugünkü değer gösterimi

Şekil 2’de verilen zaman doğrusunda, bu anüitenin $t=0$ noktasındaki



bugünkü değeri, her bir ödemenin $t=0$ noktasındaki bugünkü değerlerinin toplanması ile elde edilir. Matematiksel olarak bu toplam,

⁴ Hans U. Gerber, “Life Insurance Mathematics”, 3. Bası, Springer, USA, 1997, s. 35

$$(C) = 1 + v + v^2 + \dots + v^{n-1}$$

(1)

biçiminde sabit terimi olmayan ortak oranı v olan bir geometrik seri oluşturur. Burada, v , her bir ödemenin verilen faiz veya iskonto oranına göre bulunulan andaki değerini gösterir ve

$$v = \frac{1}{1+j}$$

(2)

biçimde ifade edilir.⁵ Aktüeryal teknik faiz oranı j , enflasyon oranı r ve yatırım getiri oranı i olarak gösterildiğinde, aktüeryal teknik faiz oranı Eş. (3)'teki gibi elde edilir.

$$j = \frac{1+i}{1+r} - 1 \quad (3)$$

C. Devre Başı Ödemeli Belirli Rant Yönteminin Tablo Gösterimi

2022 yılı asgari ücreti baz alındığında, ilgili Yargıtay kararında

⁵ Sucu/Kul, s.15

belirtildiği üzere %10 artırım ve %10 azaltım yapılması durumunda 20 yıllık devre başı ödemeli belirli rant yöntemine göre bugünkü değer hesabı, Tablo 1'de verilmiştir.

Tablo 1. %10 artırım ve %10 iskontoya göre tablosal gösterim

Yıl	Gelir	İskonto Katsayısı	İskontolu Değer
2023	4678,74	0,909091	4253,40
2024	5146,61	0,826446	4253,40
2025	5661,28	0,751315	4253,40
2026	6227,40	0,683013	4253,40
2027	6850,14	0,620921	4253,40
2028	7535,16	0,564474	4253,40
2029	8288,67	0,513158	4253,40
2030	9117,54	0,466507	4253,40
2031	10029,29	0,424098	4253,40
2032	11032,22	0,385543	4253,40
2033	12135,45	0,350494	4253,40
2034	13348,99	0,318631	4253,40
2035	14683,89	0,289664	4253,40
2036	16152,28	0,263331	4253,40
2037	17767,51	0,239392	4253,40
2038	19544,26	0,217629	4253,40
2039	21498,68	0,197845	4253,40
2040	23648,55	0,179859	4253,40
2041	26013,41	0,163508	4253,40
2042	28614,75	0,148644	4253,40
TOPLAM			85.068,00

İlgili tabloda elde edilen tutar, her bir dönem için $4.253,40 \times 20 = 85.068,00$ TL'ye denk gelmektedir. Eş.(1)' de verilen eşitliğe göre, $v = 1$ değerine karşılık gelmektedir.

2022 yılı asgari ücreti baz alındığında, %5 artırım ve %5 azaltım yapılması durumunda 20 yıllık devre başı ödemeli belirli rant yöntemine göre bugünkü değer hesabı, Tablo 2'de verilmiştir.

Tablo 2. %5 artırım ve %5 iskontoya göre tablosal gösterim

Yıl	Gelir	İskonto Katsayısı	İskontolu Değer
2023	4466,07	0,952381	4253,40
2024	4689,37	0,907029	4253,40
2025	4923,84	0,863838	4253,40
2026	5170,03	0,822702	4253,40
2027	5428,54	0,783526	4253,40
2028	5699,96	0,746215	4253,40
2029	5984,96	0,710681	4253,40
2030	6284,21	0,676839	4253,40
2031	6598,42	0,644609	4253,40
2032	6928,34	0,613913	4253,40
2033	7274,76	0,584679	4253,40
2034	7638,50	0,556837	4253,40
2035	8020,42	0,530321	4253,40
2036	8421,44	0,505068	4253,40
2037	8842,51	0,481017	4253,40
2038	9284,64	0,458112	4253,40
2039	9748,87	0,436297	4253,40
2040	10236,31	0,415521	4253,40
2041	10748,13	0,395734	4253,40
2042	11285,54	0,376889	4253,40
TOPLAM			85.068,00

Tablo 1 ve Tablo 2 incelendiğinde, elde edilen sonuç toplamlarının aynı olduğu görülmektedir. Dolayısıyla aynı oranda artırım ve azaltım yapılması durumunda, bu oranların ne olduğunun önemi kalmamaktadır.

Aynı oranda artırım ve azaltım uygulanması durumunda geniş tablolar şeklinde hesaplama yapılması gerekmemekte olup, hesaplama yapılan dönem sayısı ile çarpılmasının yeterli olduğu görülmüştür. Ayrıca, Yargıtay Kararları ve akademik çalışmalar incelendiğinde, %10 artırım-%10 iskonto uygulanarak tazminat hesabı yapılmasının gerekçesine ilişkin bir açıklama bulunamamıştır. Aynı şekilde bu çalışmanın inceleme konusu yapılan Yargıtay kararında da bu hesaplama yönteminin hangi gerekçeyle seçildiği izah edilmemiştir.

V. HAYAT ANÜİTESİ YÖNTEMİ

Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası poliçesinin Sigortacılık Kanunu'na göre "zorunlu sigorta" türlerinden olması nedeniyle, "Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları" Resmi Gazete'de yayınlanmaktadır. İlgili sigorta için 05.02.2010 tarihine kadar ölüm ve cismani zarar nedeniyle tazminat hesabı yapılırken sorumlu olunan tazminat hesabında kullanılacak yöntemle ilişkin belirgin bir düzenleme yapılmamıştı.

Hazine Müsteşarlığı'nın 05.02.2010 gün 2010/4 Sayılı Genelgesi ile ilgili tazminatın hesabında 1980 CSO Hayat Tablosu ve %3,00 iskonto oranı ile hesaplanmasının uygun olduğu belirtilmişti.⁶ İlgili genelgenin bağlayıcı olmaması sebebiyle buna ilişkin uyuşmazlık davalarında bu yöntemin uygulanması Yargıtay Kararlarında bozma sebebine konu edilmiştir.⁷

14.05.2015 tarihinde 29355 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları"nın Ek'inde yer alan açıklama aşağıda verilmiştir.⁸

Hesaplamalarda iskonto oranı (teknik faiz), %1,8 olarak alınır. İskonto oranı (teknik faiz) gerekli görülen hallerde Hazine Müsteşarlığı tarafından güncellenir.

Tazminat, ax, n formülü ile hesaplanır. Tazminat hesaplanırken "Devre Başı Ödemeli Belirli Sürekli Rant" formülü esas alınır. Bu formülde kullanılacak yaş parametresi (x) hesap yapılacak mağdurun yaşını, hesaplamanın hangi süre için yapılacağını gösteren parametre (n) ise sürekli sakatlığa uğrayan kişinin muhtemel yaşam süresini göstermektedir.

Bu düzenleme tarzı ile, hem hayat tablosunun kullanımı hem de %1,80 teknik faiz oranı kavramına ilişkin sorunlara sebep olunmuş ve ilgili hesaplamalarda kullanılan yöntemlerdeki farklılık sorunlarına yol açmıştır. Bu çalışmada sadece teknik faiz oranına ilişkin inceleme yapılmış olup, hayat tablosu ile ilgili karşılaşılan sorunlar başka bir bilimsel çalışmanın konusu yapılacaktır.

⁶ T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı, (Erişim tarihi:01.06.2022), <https://www.hmb.gov.tr/sgb-mevzuat>

⁷ Yargıtay 4. HD, 2021/2177 E., 2021/4042 K., 01.07.2021.

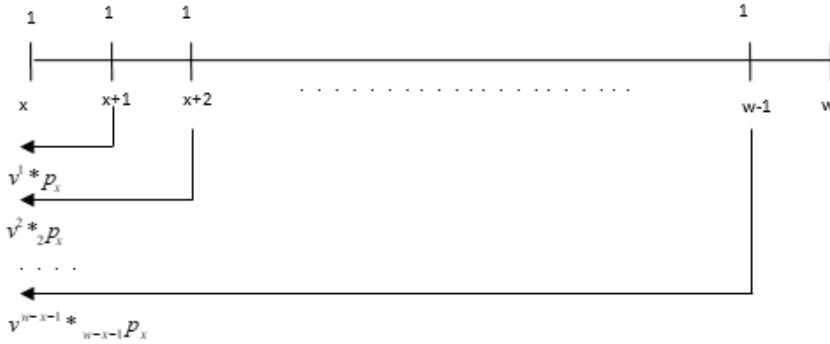
⁸ İlgili Genelge için bakınız. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/05/20150514-5.htm>

04.12.2021 tarihinde 31679 Sayılı Resmi Gazete’de “Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarında Değişiklik Yapılmasına Dair Genel Şartlar” yayınlanmıştır. İlgili genel şartların ekinde ölüm ve cismani zarar hesabıyla ilgili açıklamalar aşağıda verilmiştir.⁹

Madde 4-(1) Hesaplama esas alınacak iskonto oranı, %1,65’ tir.

Madde 7-(2) İşleyecek dönem, mağdurun resmi belgeli vergilendirilmiş geliri var ise bu ekin 6 ncı maddesi gereğince belirlenen hesap tarihindeki güncel net gelir üzerinden, resmi belgeli vergilendirilmiş geliri yok ise hesap tarihindeki AGİ dahil asgari net ücret üzerinden, “Dönem Başı Ödemeli Tam Hayat Anütesi” ile hesaplanır. X mağdurun hesap tarihindeki yaşını temsil eder.

Ölüm ve cismani zarar hesabı yapılırken, hayat tablosu ve aktüeryal teknik faiz oranı dikkate alınarak elde edilen çarpan katsayılarından (ÇK) yararlanır. Hayat tablosunun son yaşı w olduğunda, (x) yaşındaki bireyin gelirlerinin dönem başında aldığı varsayımı altında ÇK’nın gösterimi, Şekil 3’te ve formülü Eş.(4)’te verilmiştir.



Şekil 3. Dönem başı çarpan katsayısı

$$\ddot{a}_x = 1 + v * p_x + v^2 * {}_2p_x + v^3 * {}_3p_x + \dots + v^{w-x-1} * {}_{w-x-1}p_x = \frac{N_x}{D_x} \quad (4)$$

(4)

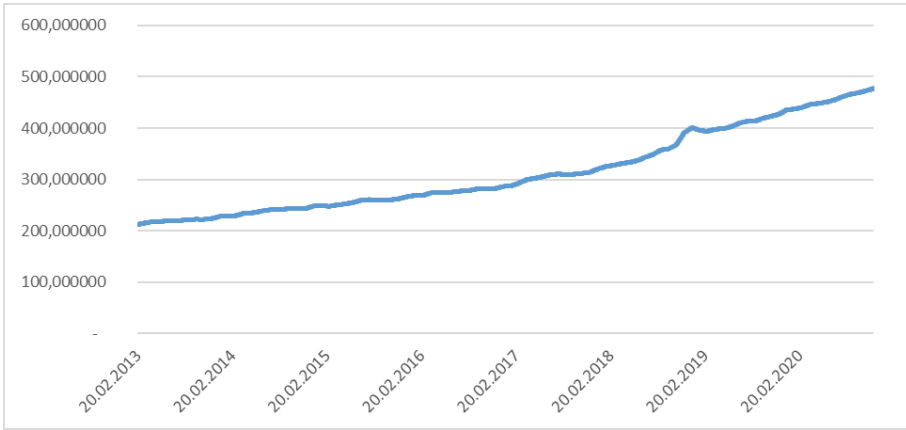
⁹ İlgili Genelge için bakınız. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/12/20211204-7.htm>

Burada; p_x değeri, (x) yaşındaki bireyin birinci yılın sonunda yaşama olasılığını gösterir. Yaşların birbirinden bağımsız olduğu varsayımı altında, yaşama olasılıklarının çarpımıyla bireylerin belli bir zaman aralığında yaşama olasılıkları da hesaplanmaktadır. ${}_2p_x$, (x) yaşındaki bireyin ikinci yılın (sol alt indis) sonunda yaşıyor olması olasılığını gösterir.

VI. AKTÜERYAL TEKNİK FAİZ ORANI TESPİTİ

Aktüeryal teknik faiz oranı, davacının toplu halde aldığı tazminatı tükenmeden önce elde edebileceği getiri oranıdır. Aktüeryal teknik faiz oranı düşük olarak varsayıldığında, ÇK değeri büyüyecek ve böylece tazminat tutarı artacaktır. Bu oranın tespitine ilişkin literatürdeki çalışmalar incelendiğinde, Enflasyona Endeksli Devlet Tahvili getiri oranlarının kullanıldığı görülmüştür. Bu özellikte tahvil çıkarmayan devletlerin ise uzun süreli devlet tahvillerini kullandığı tespit edilmiştir.¹⁰

Türkiye’de 2007 yılında itibaren TÜFE Endeksli Devlet Tahvili ihraç edildiği görülmüştür. T.C. Merkez Bankası’ndan alınmış, ilgili tahvilin 01.02.2007 tarihinden 01.12.2020 tarihine kadar defter değerleri Şekil 4’te verilmiştir.¹¹

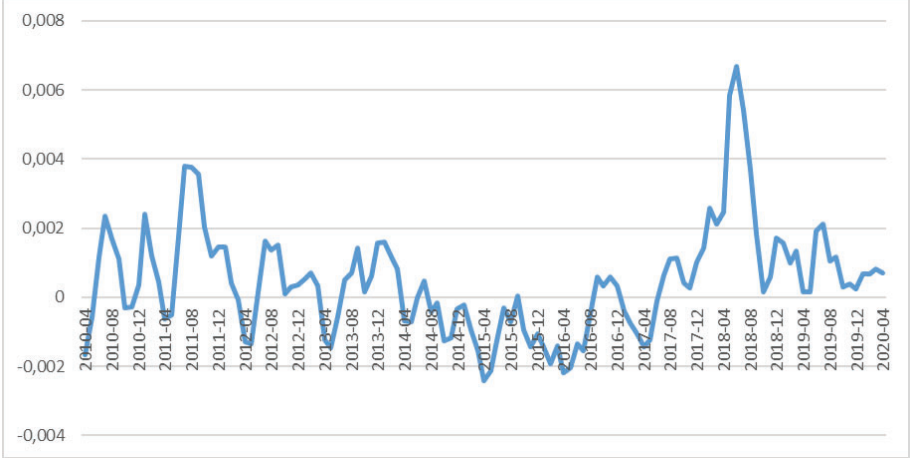


Şekil 4. TÜFE Endeksli Tahvil Fiyatı

¹⁰ Wai Sum Chan, Felix Wai Hon Chan, “On selection of the discount rate for actuarial assessment of damages in personal injurt litigation in Hong Kong”, Law, Probability&Risk, 2003, s. 19-20.

¹¹ T.C. Merkez Bankası, Piyasa Verileri, Hazinesinin Devlet İç Borçlanma Senetleri, (Erişim tarihi:01.06.2022), <https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/tr/tcmb+tr/main+menu/istatistikler/piyasa+verileri>

İlgili tahvil için aylık getiri oranlarının, Covid-19 pandemisi nedeniyle, 2020 yılı Nisan ayı öncesindeki TUIK¹² tarafından yayınlanmış aylık enflasyon oranlarına göre Eş.(3)'teki formül dikkate alarak arındırılmış, 10 yıllık dönem için aylık aktüeryal teknik faiz oranı Şekil 5'te verilmiştir.



Şekil 5. Aylık Aktüeryal Teknik Faiz Oranı

121 aylık aktüeryal teknik faiz oranınının 46 ayında negatif ve 75 ayında pozitif değer aldığı ve 2017 yılı Haziran ayından itibaren sürekli pozitif değer aldığı tespit edilmiştir. T.C. Merkez Bankası'nın faiz artırımı politikası da dikkate alındığında, aktüeryal teknik faiz oranınının negatif olması beklenmemektedir. 2018 yılı Nisan ayından 2020 yılı Nisan ayına kadar aylık ortalama aktüeryal teknik faiz oranınının %0,1706 olduğu ve yıllık olarak %2,0472 olduğu tespit edilmiştir. Aktüeryal teknik faiz oranı,

$$\ln(1+r(t)) = \mu + \rho * [\ln(1+r(t-1)) - \mu] + \sigma * (1 - \rho) * Z(t) \quad (5)$$

biçiminde modellenmiştir. Burada,

¹² İstatistik Veri Portalı, (Erişim tarihi:01.06.2022), <https://data.tuik.gov.tr/Kategori/GetKategori?p=enflasyon-ve-fiyat-106>

$r(t)$: t yılı için aktüeryal teknik faiz oranını,

\ln : doğal logaritmayı,

ρ : $\ln(1+r(t))$ ve $\ln(1+r(t-1))$ arasında korelasyon katsayısını,

μ : $\ln(1+r(t))$ ' nin beklenen değerini,

σ : $\ln(1+r(t))$ ' nin standart sapmasını ve

$Z(t)$: Standart Normal dağılıma sahip rastlantı değişkenini göstermektedir.

Bu eşitlikten t yılı için tahvil getiri oranının, bir önceki yıla ilişkin tahvil getiri oranına, hata raslantı değişkeni $Z(t)$ ' ye, serinin beklenen değeri, varyansı ve bir gecikmeli seri ile olan korelasyon katsayısına bağlı olduğu görülmektedir.¹³

R programı¹⁴ yardımıyla En Çok Olabilirlik Yöntemine göre parametre tahmini yapıldığında, aktüeryal teknik faiz oranına ilişkin model,

$$\ln(1+r(t)) = 0.0017 - 0.0871 * [\ln(1+r(t-1)) - 0.0017] + 0.815 * 0.9129 * Z(t)$$

(6)

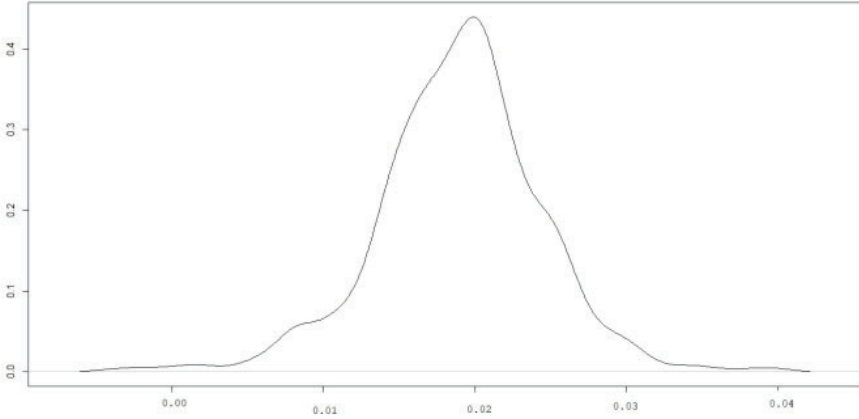
olmaktadır. Her bir örnek için standart normal dağılımlı $Z(t)$ rastlantı değişkeni için 120 aylık simülasyon değeri elde edilmiştir.¹⁵

10000 tane tekrar dikkate alınarak 10000 adet 120 aylık aktüeryal teknik faiz oranı serisi elde edilmiş ve her seri için ortalama değer dikkate alınarak 12 ile çarpılarak yıllığa dönüştürülmüş yıllık aktüeryal teknik faiz oranı dağılımı Şekil 6'da verilmiştir.

¹³ Serdar Sayan, Ahmet Tuncay Teksöz, "Simulation of risks and benefits from a Money purchase pension scheme for Turkey", Topics in Middle Eastern and African Economies, Vol. 3, 2001, s. 7

¹⁴ The R Project for Statistical Computing, (Erişim tarihi:01.06.2022), <https://www.r-project.org/>

¹⁵ Cenap Erdemir, "Benzetim tekniklerine giriş", Türkiye Kitabevi, Ankara, 2003, s.57



Şekil 6. Yıllık Aktüeryal Teknik Faiz Oranı Simülasyon Dağılımı

Yıllık aktüeryal teknik faiz oranı simülasyonuna bakıldığında, yıllık ortalama %2,00 civarında olduğu ve %1,50 düzeyine doğru yığılmanın fazla olduğu görülmüştür. %0 yıllık teknik faiz oranı düzeyinde ise çok düşük bir oranda yığılma söz konusudur. Bu simülasyon çalışmasından hareketle aktüeryal teknik faiz oranının %1,50-%2,00 aralığında öngörülmesinin uygun olduğu tespit edilmiştir. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra KTK'nın 90 maddesi, 19.06.2021 tarihli İcra ve İflâs Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 18. maddesi ile yapılan değişiklikte zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarında yüzde 2'yi geçmemek üzere hesaplama yapılması uygundur.

Aktüeryal teknik faiz oranı arttıkça hesaplanacak tazminat tutarı azalmaktadır. Bu nedenden dolayı, simülasyon çalışmasına göre yoğunluk başlangıç noktası olan %1,50 aktüeryal teknik faiz oranının alınması daha uygun olacaktır. Hayat tablosuna ilişkin hususlar başka bir bilimsel yayında ayrıntılı olarak incelenmesi gerekmektedir. Fakat, TUIK 2017-2019 Hayat Tabloları en güncel çalışma olması nedeniyle bunun kullanılması gerektiği görüş ve kanaatindeyiz.

VI. PROGRESİF RANT YÖNTEMİ VE %1,65 AKTÜERYAL TEKNİK FAİZ ORANINA GÖRE GERÇEK ZARAR İLKESİ ÇERÇEVESİNDE KARŞILAŞTIRMA

01.01.2022 tarihinde gerçekleşen trafik kazası sonucunda 01.01.1990 doğumlu erkek ve 01.01.1992 doğumlu kadının, kusursuz bir biçimde %10 oranında maluliyete uğradığı varsayılınsın. İkisinin de gelirin asgari ücret düzeyinde olduğu tespit edilmiş olsun. 01.01.2022 tarihinden itibaren asgari geçim indirimi uygulamasının kalktığı¹⁶ dikkate alındığında aktif dönem ve pasif dönem ayrımı yapılması gerekmeyecektir.

Erkek birey için inceleme :

01.01.1990 doğumlu erkek birey kaza gerçekleştiği tarihte 32 yaşındadır.

Birinci yöntem: 1931 PMF Hayat Tablosu ve progresif rant yöntemine göre beklenen yaşam süresi 35,91 yıldır. Bu durumda, sürekli iş gücü kaybı tazminatı,

$$=35,91*12*4.253,40 \text{ TL}*0,10 = 183.287,51 \text{ TL}$$

olarak hesaplanır.

İkinci yöntem: TRH-2010 Erkek Hayat Tablosu ve progresif rant yöntemine göre beklenen yaşam süresi 42,54 yıldır. Bu durumda, sürekli iş gücü kaybı tazminatı,

$$=42,54*12*4.253,40 \text{ TL}*0,10 = 217.127,56 \text{ TL}$$

olarak hesaplanır.

Üçüncü yöntem: TRH-2010 Erkek Hayat Tablosu ve %1,65 aktüeryal teknik faiz oranına göre çarpan katsayısı 30,5388 olacaktır. Bu durumda, sürekli iş gücü kaybı tazminatı,

$$=30,5388*12*4.253,40 \text{ TL}*0,10 = 155.872,48 \text{ TL}$$

olarak hesaplanır.

¹⁶ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/01/20220127-5>

Dördüncü yöntem: TUIK 2017-2019 Erkek Hayat Tablosu ve %1,50 teknik faiz oranına göre çarpan katsayısı 33,8588 olacaktır.

$$=33,8588*12*4.253,40 \text{ TL}*0,10 = 172.818,02 \text{ TL}$$

olarak hesaplanır.

Kadın birey için inceleme :

01.01.1992 doğumlu kadın birey kaza gerçekleştiği tarihte 30 yaşındadır.

Birinci yöntem:1931 PMF Hayat Tablosu ve progresif rant yöntemine göre beklenen yaşam süresi 37,52 yıldır. Bu durumda, sürekli iş gücü kaybı tazminatı,

$$=37,52*12*4.253,40 \text{ TL}*0,10 = 191.505,08 \text{ TL}$$

olarak hesaplanır.

İkinci yöntem: TRH-2010 Kadın Hayat Tablosu ve progresif rant yöntemine göre beklenen yaşam süresi 49,00 yıldır. Bu durumda, sürekli iş gücü kaybı tazminatı,

$$=49,00*12*4.253,40 \text{ TL}*0,10 = 250.099,92 \text{ TL}$$

olarak hesaplanır.

Üçüncü yöntem: TRH-2010 Kadın Hayat Tablosu ve %1,65 aktüeryal teknik faiz oranına göre çarpan katsayısı 33,7297 olacaktır. Bu durumda, sürekli iş gücü kaybı tazminatı,

$$=33,7297*12*4.253,40 \text{ TL}*0,10 = 172.159,09 \text{ TL}$$

olarak hesaplanır.

Dördüncü yöntem: TUIK 2017-2019 Kadın Hayat Tablosu ve %1,50 teknik faiz oranına göre çarpan katsayısı 34,8254 olacaktır.

$$=34,8254*12*4.253,40 \text{ TL}*0,10 = 177.751,63 \text{ TL}$$

olarak hesaplanır.

Hem kadın hem de erkek birey için; yukarıda ayrıntılı şekilde izah edilen ve tarafımızca hakkaniyete en uygun olduğu düşünülen % 1,50 teknik faiz yöntemi ve Yargıtay Kararları ile Genel Şartlara göre kullanılması istenen yöntemler karşılaştırıldığında, en düşük tazminat tutarının yeni

Genel Şartlar'da benimsenen TRH-2010 Tablosuna göre % 1,65 teknik faiz yönteminde ve en yüksek tazminat tutarının inceleme konusu yapılan Yargıtay kararında benimsenen TRH-2010 progresif rant yönteminde elde edildiği görülmüştür. Tarafımızca önerilen, TUIK 2017-2019 Hayat Tablosuna göre %1,50 teknik faiz oranını dikkate alan yöntem ise üçüncü sırada en yüksek tazminat tutarını veren yöntemdir. Ancak yukarıda anlatılan gerekçelerle, sigorta hukukunun temel ilkelerinden biri olan gerçek zarar ilkesine en yakın olan yöntemin bu olduğu sonucuna varılmıştır.

VII. SONUÇ

KTK'nın 90. maddesi 09/10/2020 tarihli Resmi Gazetede yer alan Anayasa Mahkemesi'nin 17/7/2020 tarihli ve E.: 2019/40, K.: 2020/40 sayılı Kararı ile, bu maddenin birinci cümlesinde yer alan "...ve bu Kanun çerçevesinde hazırlanan genel şartlarda..." ibaresinin ve ikinci cümlesinde yer alan "...ve genel şartlarda..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmesinden sonra Yargıtay'ın yukarıda alıntılanan örnek kararında da görüleceği üzere, sürekli iş göremezlik ve destekten yoksun kalma tazminatları açısından progresif rant yönteminin uygulanması gerektiğine karar verilmektedir.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra KTK'nın 90 maddesi, 19.06.2021 tarihli İcra ve İflâs Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 18. maddesi ile yapılan değişiklikte zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarında yüzde 2'yi geçmemek üzere hesaplama yapılması yönünde bir düzenleme yapılmıştır. 04.12.2021 tarihinde 31679 Sayılı Resmi Gazete'de "Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarında Değişiklik Yapılmasına Dair Genel Şartlar" yayınlanmıştır. İlgili genel şartların ekinde ölüm ve cismani zarar hesabıyla ilgili olarak; hesaplamada esas alınacak iskonto oranının, %1,65 olduğu belirlenmiştir.

Dolayısıyla her ne kadar Genel Şartlar'da yapılan değişiklik sonrası akdedilen poliçeler açısından % 1,65 teknik faiz oranı uygulanacak olmasından dolayı, Yargıtay'ın progresif rant yöntemi içtihadının sadece Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ile bu tarih arasındaki uyumsuzluklar için geçerli olacağı, dolayısıyla etki süresinin sınırlı olacağı kabul edilse de, bu süre içinde gerek Tahkim gerekse Mahkemeler nezdinde yapılan tazminat hesaplamalarının gerçek zarar ilkesiyle bağdaşmadığı ve zenginleşme yasağı ilkesiyle çeliştiği yukarıda ayrıntılı bir şekilde ortaya konan aktüeryal

hesaplama ilkeleri çerçevesinde söylenebilir. Kaldı ki her ne kadar yeni Genel Şartların yürürlüğe girmesinden sonra, % 1,65 teknik faizin uygulanması ile gerçek zarar ilkesiyle bağdaşmayan TRH-2010 progresif rant yönteminin uygulanmasının sona ereceği söylenebilse de, Genel Şartlar'ın iptaline ilişkin açılacak davalarda bu tartışmanın güncelliğini koruması söz konusu olacaktır. Ayrıca yukarıda aktüeryal bilimi ilkeleri dikkate alınarak Genel Şartlar'da öngörülen orandan farklı bir oranın (%1,50) gerçek zarar ilkesiyle daha çok bağdaşacağı sonucuna varılmıştır. Bu çalışma, yeni bir yöntemin önerilmesi nedeniyle bundan sonraki düzenlemelere de ışık tutma amacı taşımaktadır. Tüm bu hususlar dikkate alındığında Yargıtay'ın yukarıda alıntılanan ve ilkesel mahiyet kazanan içtihadının yerinde olmadığı kabulü gerekmiştir.

KAYNAKÇA

- Cenap Erdemir, “Benzetim tekniklerine giriş”, Türkiye Kitabevi, Ankara, 2003.
- Hans U. Gerber, “Life Insurance Mathematics”, 3. Bası, Springer, USA, 1997.
- Meral Sucu, Funda Kul, “Finans Matematiği”, 4.Bası, Nobel Yayınevi, Ankara, 2021.
- Serdar Sayan, Ahmet Tuncay Teksöz, “Simulation of risks and benefits from a Money purchase pension scheme for Turkey”, Topics in Middle Eastern and African Economies, Vol. 3, 2001.
- Wai Sum Chan, Felix Wai Hon Chan, “On selection of the discount rate for actuarial assessment of damages in personal injurt litigation in Hong Kong”, Law, Probability&Risk, 2003.

İnternet kaynakları

- Türkçe sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>
- İstatistik Veri Portalı, <https://data.tuik.gov.tr/Kategori/GetKategori?p=enflasyon-ve-fiyat-106>
- T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı, <https://www.hmb.gov.tr/sgb-mevzuat>
4. HD, 2021/2177 E.-4042 K., 01.07.2021, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/anaindex.html>
- <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/05/20150514-5.htm>
- <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/12/20211204-7.htm> <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/01/20220127-5>
- <https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/tr/tcmb+tr/main+menu/istatistikler/piyasa+verileri>
- <https://www.r-project.org/>

**YARGITAY 1. CEZA DAİRESİNİN KASTEN ÖLDÜRME SUÇUNUN
İHMALİ DAVRANIŞLA İŞLENMESİ (TCK, m. 83) VE
YARDIM VE BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN YERİNE
GETİRİLMEMESİ (TCK, m. 98) SUÇLARI İLE İLGİLİ BİR
KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ**

An Evaluation of the Decision of the 1. Criminal Chamber of the Court of Cassation Regarding Intentional Killing by Act of Omission (TPC art. 83) And Failure In the Duty of Assistance or Notification (TPC art. 98)

İzzet ÖZGENÇ*

***Anahtar Kavramlar:** kasten öldürme suçunun ihmali davranışla işlenmesi, yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, suçu bildirmeme, görünüşte ihmali suç, teminat yükümlülüğü, olası kast, cezanın belirlenmesi, farklı neviden fikri içtima, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç, şahsi cezasızlık sebebi, kamu davasına katılma*

***Keywords:** Intentional killing by act of omission, Failure in the duty of assistance or notification, Failure to report an offence, Derivative omission offense, Duty of care, Probable intent, Determining of sanction, Conceptual aggregation, Aggravation of an offence due to its consequences, Personal reasons for impunity, Participation in criminal proceeding*

I. OLAY:

Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 23.6.2021 tarihli ve E. 2020/164, K. 2021/11082 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda; **11.5.1988** doğumlu Melek, 16-17 yaşlarında iken, Ferdi ile, aralarında resmi nikah olmaksızın, aileleri tarafından “imam nikahı” yaptırılarak birlikte yaşamaya başlarlar. Bilahare bu birliktelik sürecinde Melek ile Ferdi arasında resmi nikah sözleşmesi yapılır ve evli eşler olarak Ferdi'nin anne (Naciye) ve babasının (Kutbettin) yanında, aynı evde hayatlarını sekiz yıl kadar bir süre devam ettirirler.

* Prof. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, **e-posta:** izzet.ozgenc@hbv.edu.tr , **ORCID ID:** 0000-0002-1805-8572

Melek'in bu birliktelik ve evlilik sürecinde **6.1.2008** tarihinde evde dünyaya getirdiği ilk çocuğu, doğduktan bir gün sonra hayatını kaybeder. Melek, **4.5.2009** tarihinde ikinci bir çocuk dünyaya getirir. Bu doğum sonrasında rahatsızlanan Melek, eşi Ferdi tarafından iki defa, tedavi için Erzurum Bölge Eğitim ve Araştırma Hastanesine götürülür ve uygulanan tedavinin akabinde taburcu edilerek evine gönderilir. Ancak, sağlık durumu zamanla kötüleşmesine rağmen, bilahare hastaneye götürülmez. Zamanla hiç yürüyemez, idrar ve dışkısını tutamaz hale gelen Melek, “evin tuvaletine ait küçük bir alanda sert bir tahta parçasının üzerine yatırmak suretiyle” tutulmaya başlanır, “*tuvalette tahta bir sedirin üstünde ya da bir sandalyenin üstünde yaşama(y)a mecbur bırak(ılır); tuvalette geçirdiği süre içerisinde zaman zaman yiyecek ihtiyaçları.. gideril(ir), ancak beslenme, tıbbi bakım ve tedavi ihtiyacı.. ideal olacak şekilde karşılanma*”z. Bu vaziyette “*banyo ve diğer temizlik ihtiyaçları*” da giderilmeyen, durumu giderek kötüleşen vücudunda oluşan bası yaraları enfekte olan Melek', kaldırıldığı Ankara Dışkapı Yıldırım Beyazıt Eğitim ve Araştırma Hastanesinde enfeksiyonun tüm vücuda yayılması (sepsis) nedeniyle, **25.7.2012** tarihinde hayatını kaybeder.

II. MERCİLERİN ÇÖZÜM ŞEKİLLERİ:

1) İlk derece mahkemesi olarak Ağrı 1. Ağır Ceza Mahkemesi,

a) Ferdi'nin Melek'e yönelik olarak kasten öldürme suçunu ihmali davranışla işlediğini kabul ederek, hakkında sırasıyla TCK, 82 (f. 1, bent d), **m. 83** (f. 2, bent a, f. 3), **m. 21 (f. 2)**, m. 62 hükümlerine istinaden **8 yıl 4 ay hapis cezasına**,

b) Kutbettin ve Naciye'nin Melek'e yönelik olarak kasten öldürme suçunu ihmali davranışla işlediğini kabul ederek, hakkında sırasıyla TCK, 81 (f. 1), m. 83 (f. 2, bent b, f. 3), m. 21 (f. 2), m. 62 hükümlerine istinaden **6 yıl 3 ay hapis cezasına**,

c) Melek'in babası Kasım'ın yardım veya bildirim yükümlülüğünü yerine getirmediğini kabul ederek, hakkında TCK, m. 98 (f.2) ve 62 hükümlerine istinaden sonuç ceza olarak **2 yıl 1 ay hapis cezasına**,

hükmetmiştir.

2) Yargıtay 1. Ceza Dairesi, yaptığı temyiz incelemesi sonucunda, ilk derece mahkemesinin sanıklar hakkında verdiği bu mahkumiyet hükümlerinin aşağıdaki gerekçe ile bozulmasına karar vermiştir:

“1) Sanıklar Ferdi, Kutbettin ve Naciye hakkında; Melek’e yönelik ihmali davranışla kasten öldürme suçundan kurulan hükümlerde sanıklar hakkında TCK.nun 21/2. maddesinde düzenlenen olası kast indirimi uygulanmış ise de; sanıklar Ferdi, Kutbettin ve Naciye hakkında maktul Melek’e yönelik eylemlerinin TCK.nun 83. madde de düzenlenen kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçunu oluşturduğunun kabul edilmesi ve sanıklar hakkında TCK.nun 83. maddeye göre hüküm kurulması ile yetinilmesi gerekirken, suçun manevi unsuru bakımından birlikte uygulanma olanağı olmadığı halde sanıklar hakkında ayrıca TCK.nun 21/2. maddesinde düzenlenen olası kast hükümleri uygulanmak suretiyle eksik ceza tayini,

2) ... sanık Kasım’in (kızı Melek’in) hastalığının seyrinden haberdar olmadığı (yönündeki savunması karşısında) üzerine atılı yardım ve bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeme suçunu işlediğine dair katılan sanığın savunmasının aksine her türlü şüpheden uzak kesin ve inandırıcı delil edilemediği anlaşılmalı, atılı suçtan ... beraatine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi,

...

Bozmayı gerektirmiş”tir (Yargıtay 1. CD, 14.03.2018, E. 2016/3056, K. 2018/1201).

3) Bu bozma kararına uyan ilk derece mahkemesi yaptığı yargılama sonucunda,

a) Ferdi’nin Melek’e yönelik olarak kasten öldürme suçunu ihmali davranışla işlediğini kabul ederek, hakkında sırasıyla TCK, 82 (f. 1, bent d), m. 83 (f. 2, bent a, f. 3), m. 62 hükümlerine istinaden sonuç ceza olarak **16 yıl 8 ay hapis cezasına**;

b) Kutbettin ve Naciye’nin Melek’e yönelik olarak kasten öldürme suçunu ihmali davranışla işlediğini kabul ederek, hakkında sırasıyla TCK, 81 (f. 1), m. 83 (f. 2, bent b, f. 3), m. 62 hükümlerine istinaden sonuç ceza olarak **12 yıl 6 ay hapis cezasına**,

c) Kasım’ın ise beraatine,
hükmetmiştir.

İlk derece mahkemesinin söz konusu mahkumiyet hükmünde gerekçe olarak şu açıklamalara yer verilmiştir:

“... Ferdi, Melek’in resmi nikahlı eşi olmasından dolayı TCK 83/2-a

bendi gereğince ... bakımından birebir sorumlu olduğu dolayısıyla garantör vasfında olduğu Medeni Kanunun eşlere yükümlülük yükleyen 185 ve devamındaki hükümler nedeniyle eşi Melek'e bakmakla yükümlü olduğu ve anılan yasa gereğince yükümlü olduğu görevlerini yapmakta ihmal gösterdiği, bu ihmalin de icrai davranışa eşdeğer olduğu alınan adli değerlendirme raporlarından anlaşılmıştır.

... Naciye ve Kutbettin'in ise,) aynı evde yaşadıkları (Melek'i) bakma yükümlülüklerinin bulunmadığı) değerlendirilmiştir. ... kayınvalide ve kayınpeder olan bu (kişilerin) aynı evde yaşadıkları) Melek'in kronik bir hastalığa yakalanmasında kusurlarının olmadığı, ancak bu şekilde yatalak hasta olan Melek'i insanlığa ve tıbbi bakım ve tedavi kurallarına ... aykırı olacak şekilde tuvalette sert bir tahta üzerinde tüm gündüz vaktinde yatırmaları, yeteri kadar yıkamaları, iyi beslemeleri, tıbbi bakım ve ihtiyaçlarını karşılamaları suretiyle Melek'in yaşamını bu şekilde gerçekleştirdikleri ihmal boyutundaki tehlikeli davranışlarla büyük bir tehlikeye atmaları, Melek'in hayatı konusunda yukarıda belirtilen ihmali davranışlarda bulunarak oluşturdukları bu hayati tehlikeyi bertaraf etmek için hiç bir şey yapmaları, bu tehlikenin Melek'in yaşamı bakımından icrai bir davranışa eşdeğer olduğunun Adli değerlendirme raporlarından kuşkuya yer vermeyecek şekilde anlaşıldığı; bu nedenle bu (kişilerin) Melek'in ölümünden TCK, 83/2-b maddesi gereğince sorumlu olduğu sonuç ve kanaatine varılmıştır.

5237 Sayılı TCK'nın 83. maddesindeki suçun oluşabilmesi için, kanun, sözleşme veya öngelen davranıştan kaynaklanan başkasının yaşamını korumak ve gözetmek yükümlülüğü altında bulunan kişinin, korumak ve gözetmekle yükümlü olduğu hayatın sona erme tehlikesi ortaya çıkmasına rağmen, bilinen veya öngörülen ölüm neticesinin gerçekleşmesi için (doğrudan kast) veya öngörülen ölüm neticesi kabullenilerek (olası kast) sözü geçen hayatı kurtarmaya yönelik icrai bir davranışta bulunmaması gerekir. Söz konusu suç kendi içerisinde olası kastı barındırdığından TCK, 83. maddesi ile TCK 21/2 maddesinde düzenlenen olası kast hükümleri birlikte somut olayda uygulanamayacağından, Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 2016/3056 E. 2018/1201 K. sayılı bozma ilamı da gözetilerek sanıklar Ferdi, Kutbettin ve Naciye hakkında olası kast hükümleri uygulanmamıştır.”

4) Yargıtay 1. Ceza Dairesi, yaptığı temyiz incelemesi sonucunda,

“5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 83. maddesinin 3. fıkrası uyarınca yapılan uygulama sırasında, meydana gelen zararın ağırlığı dikkate alınarak

*sanıklara makul cezalar yerine yazılı şekilde alt sınırdan hapis cezalarına hükmolunması suretiyle **eksik cezalar tayini**”nin*

hukuka aykırı olduğunu kabul ederek, ilk derece mahkemesinin sanıklar hakkında verdiği mahkumiyet hükümlerinin bozulmasına karar vermiştir:

III. ÇÖZÜMLENMESİ GEREKEN HUKUKÎ PROBLEMLER:

Söz konusu olay bağlamında çözümlenmesi gereken hukuki problemler sırasıyla şunlardır:

1) Kasten öldürme suçunun ihmali davranışla işlenmesi halinde, olası kasta ilişkin hükümler uygulanabilir mi?

2) Başlangıçta birkaç kez hastaneye götürmesine rağmen, rahatsızlıkları ağırlaşarak devam eden ve sonuçta bu hastalıklara bağlı olarak ölen eşinin tedavisi için herhangi bir sağlık kuruluşuna başvurmayan Ferdi, hangi suçtan dolayı ve TCK'nin hangi hükümlerine istinaden sorumlu tutulabilir?

3) Aynı çatı altında yaşayan kayınpederi ile kayınvalidesi, Melek'in ölümünden dolayı TCK'nin hangi hükümlerine istinaden sorumlu tutulabilir?

4) Ferdi'nin ailenin geçimini sağlamak amacıyla çalışmak üzere gurbette olması halinde, aynı çatı altında birlikte yaşadığı kayınpederi ile kayınvalidesi, Melek'in ölümünden dolayı TCK'nin hangi hükümlerine istinaden sorumlu tutulabilir?

5) Ferdi'nin eşi Melek ile birlikte, anne ve babasından ayrı bir evde yaşamaya devam etmeleri halinde, Melek'in durumuna muttali olan kayınpederi ile kayınvalidesi, hangi suçtan dolayı ve TCK'nin hangi hükümlerine istinaden sorumlu tutulabilir?

6) Başka bir köyde yaşayan babası Kasım, Melek'in sağlık durumuna muttali olmasına rağmen, tedavisi için gerekli girişimlerde bulunmaması dolayısıyla TCK'nin hangi hükümlerine istinaden sorumlu tutulabilir?

7) Söz konusu davada sanık olan Kasım'a mahkeme kararıyla aynı zamanda katılan sıfatı verilmiştir. Bu karar hukuka uygun mudur? Şayet hukuka aykırı ise, bozmadan sonraki yargılamanın yapılacağı/yapıldığı mahkeme bu konuda ne karar verebilir?

8) Yargıtay dairesi, yaptığı temyiz incelemesinde, ilk derece mahkemesinin sanıkla ilgili olarak hükmettiği cezanın miktarını az bularak bozma kararı verebilir mi?

CEVAPLAR VE HUKUKÎ DEĞERLENDİRMELERİMİZ:

Cevap 1. Kasten öldürme suçunun ihmali davranışla işlenmesi halinde cezada indirim yapıp yapmama konusunda hakimin takdir yetkisi bulunmaktadır. Bu durumda hakim, teminat yükümlülüğünün ihlal biçimini, teminat yükümlüsü kişinin (garantörün) durumunu dikkate alarak cezada indirim yapmama yönünde karar verebilir.

Kasten öldürme suçunun ihmali davranışla işlenmesi halinde hakim cezada indirim yapma yönünde bir değerlendirmede bulunduğu, bu indirimi TCK, m. 81 ve 82 hükümlerine göre belirlenecek ceza üzerinden yapacaktır. Buna göre, müebbet hapis cezası yerine, on beş yıldan yirmi yıla kadar, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmi beş **yıla kadar hapis cezasına hükmedebilecektir.**

TCK, m. 83, f. 3’de “*diğer hâllerde ise on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına*” hükmedilebileceği belirtilmiştir. Burada söz konusu olan “diğer haller” ibaresi, kasten öldürme suçunun temel şeklinin veya nitelikli unsurlarının **olası kastla** işlenmesi haline işaret etmektedir. Buna göre ceza tayinin de şöyle bir yol izlenmesi gerekmektedir: Örneğin kişi ihmali davranışla kasten öldürme suçunu alt soya karşı olası kastla işlediğinde, TCK, m. 82 hükümlerine göre temel ceza olarak **ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına** hükmedilecektir. Olası kasta ilişkin TCK, m. 21, f. 2 hükümleri dikkate alınarak, fail hakkında bu ceza yerine **müebbet hapis cezasına** hükmedilecektir. Keza, suçun ihmali davranışla işlenmesi dolayısıyla cezada indirim yapılması yönünde bir takdirde bulunulması halinde, bu ceza yerine **on beş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına** hükmedilebilecektir.

Keza örneğin kişi öngelen fiilden kaynaklanan teminat yükümlülüğünü ihlal ederek ihmali davranışla kasten öldürme suçunu olası kastla işlediğinde, hakkında TCK, m. 81 hükümlerine göre temel ceza olarak **müebbet hapis cezasına** hükmedilecektir. Olası kasta ilişkin TCK, m. 21, f. 2 hükümleri dikkate alınarak, fail hakkında bu ceza yerine **yirmi yıldan yirmi beş yıla kadar hapis cezasına** hükmedilecektir. Keza, suçun ihmali davranışla işlenmesi dolayısıyla cezada indirim yapılması yönünde bir takdirde bulunulması halinde, bu ceza yerine **on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına** hükmedilebilecektir.¹

¹ ÖZGENÇ, İzzet: *İhmali Suç Teorisi*, in: Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 25, sayı 4, Ekim 2021, sh. 318, dn. 33; ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. bası, sh. 402, dn. 574.

Bu itibarla, Yargıtay 1. Ceza Dairesinin ihmali davranışla işlenmiş olan kasten öldürme suçu bakımından olası kastla hareket edildiğinin kabulü halinde cezada TCK, m. 83, f. 3 hükümlerine göre indirim yapıldıktan sonra ayrıca TCK, m. 21, f. 2 hükmüne istinaden indirim yapılmaması gerektiği yönündeki içtihadını doğru bulmamaktayız.

İlk derece mahkemesinin birinci mahkumiyet hükmünde, ihmali davranışla işlenmiş kasten öldürme suçu bakımından olası kastla hareket edildiği kabul edilerek, failler hakkında TCK, m. 81 veya 82 hükümlerine göre verilen cezalarda TCK, m. 83, f. 3 hükümlerine göre indirim yapıldıktan sonra ayrıca TCK, m. 21, f. 2 hükmüne istinaden indirim yapılmıştır.

Oysa bizim anlatımımıza göre, ihmali davranışla işlenmiş kasten öldürme suçu bakımından olası kastla hareket edildiği kabul edildiği takdirde, önce TCK, m. 81 veya 82 hükümlerine göre verilen temel ceza yerine TCK, m. 21, f. 2 hükmü uygulanarak bir ceza belirlenmeli ve TCK, m. 83, f. 3 hükümlerine göre indirim bu cezadan yapılmalıdır.

İlk derece mahkemesinin bozmadan sonraki ikinci mahkumiyet hükmünde ise, ihmali davranışla işlenmiş kasten öldürme suçu bakımından olası kastla hareket edildiği kabul edilmesine rağmen, failler hakkında TCK, m. 81 veya 82 maddeler hükümlerine göre verilen temel cezalar yerine, TCK, m. 83, f. 3 hükümlerine göre indirimli ceza uygulaması yapılmış ve fakat, olası kast hükümlerine göre cezada indirim yapılmamıştır.

Cevap 2: Ferdi'nin eşi Melek bakımından Türk Medeni Kanunu hükümleri gereğince teminat yükümlülüğü (garantörlüğü) bulunmaktadır.² Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi sonucunda eşin sağlığının bozulması halinde, kasten yaralama suçunun ihmali davranışla işlenmesinden (TCK, m. 88) dolayı, ölümü halinde ise, TCK, m. 83 hükümlerine istinaden ceza hukuku sorumluluğu cihetine gidilmelidir.

Ferdi, rahatsızlanan eşini tedavi amacıyla birkaç kez hastaneye götürmekle, teminat yükümlülüğünün gereklerine uygun hareket etmiştir. Ancak, buna rağmen iyileşmeyen ve her geçen gün sağlığı daha fazla bozulan eşini hastaneye götürmemekle, teminat yükümlülüğüne aykırı hareket etmiştir. Ferdinin sağlığı her geçen gün bozulan eşinin ölümünden dolayı sorumlu tutulabilmesi için, eşini bir sağlık kuruluşuna götürme imkan ve iktidarının

² Bkz. Yargıtay 1. CD, 2.6.2009, E. 2008/110, K. 2009/3174.

bulunması gerekir.³

Ferdi, iyileşmesi ümidinin ortadan kalktığı, artık iyileşmeyeceği kanaatiyle eşini bir sağlık kuruluşuna götürmekten sarfinazar etmiş olabilir. Dikkat edilmelidir ki, bu durumda Ferdi, sağlığı her geçen gün bozulan eşini bir sağlık kuruluşuna götürme imkan ve iktidarına sahiptir. Ancak, sağlığının artık iyileşmeyeceği kanaatiyle eşini bir sağlık kuruluşuna götürmekten sarfinazar etmiştir. Şayet Ferdi tedaviyi gerçekleştiren hekimin verdiği bilgi ve yönlendirmesine bağlı olarak eşini tekrar sağlık kuruluşuna götürmemiş ise, gerçekleşen ölümden dolayı ceza hukuku bakımından sorumlu tutulamaz.

Bazı durumlarda, hekim tarafından sağlık kuruluşundan taburcu edilen hastanın belirli aralıklarla, belirli bir süre sonra kontrol için tekrar sağlık kuruluşuna getirilmesi istenebilir. Buna rağmen, hasta yakını (olayda, eşi) tarafından kontrol için sağlık kuruluşuna götürülmez ve nihayetinde ölür ise, yakınının (eşinin) ceza hukuku bakımından sorumluluğu ile ilgili olarak aşağıdaki örnek olay bağlamında sorumluluğa ilişkin görüşlerini rica ettiğim meslektaşlarımın benimle paylaştıkları metinlerde değişik görüşler ileri sürülmüştür:

Olay: Baba, hasta olan çocuğunu tedavi için birkaç defa bir sağlık kuruluşuna götürür. Tedaviyi yapan doktor tarafından her defasında sağlık kuruluşundan taburcu edilen çocuğu iki ay sonra kontrole getirmesi babasından istenir. Ancak babası bir süre sonra iyileşmesi ümidinin ortadan kalkması, artık iyileşmeyeceği kanaatiyle hasta olan çocuğunu artık sağlık kuruluşuna götürmekten sarfinazar eder ve çocuk bu hastalığa bağlı olarak bir süre sonra ölür.

Soru: Hekim tarafından sağlık kuruluşundan taburcu edilen hasta çocuğun belirli aralıklarla, belirli bir süre sonra kontrol ve tedavi için tekrar sağlık kuruluşuna getirilmesinin istenmesine rağmen, babası tarafından tekrar sağlık kuruluşuna götürülmemesi ve nihayetinde ölmesi halinde, babayı ceza hukuku bakımından sorumlu tutabilir miyiz?

Bir görüşe göre, bu durumda teminat yükümlüsünün (garantör) olan Ferdi'nin **taksirle ölüme sebebiyet vermektan** dolayı sorumlu tutulması gerekir. (Hakan Hakeri, Mahmut Koca, Berrin Akbulut, Fatih Yurtlu⁴, Selman Dursun, Hakan Karakehya). Ancak, bu görüşte olan yazarlar bu durumda

³ ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. bası, sh. 402.

⁴ YURTLU, Fatih: İhmali Suçlar, Ankara 2022, sh. 279.

teminat yükümlüsü hakkında TCK, m. 22, f. 6 hükmünün uygulanması gerektiğine işaret etmektedirler.

Diğer bir görüş, konunun **objektif isnadiyet** çerçevesinde ele alınması gerektiği yönündedir. Buna göre, hastanın hastaneye yeniden götürülmesi durumunda uygulanan tedavide bir değişiklik olmamasına bağlı olarak *-hastalığın seyri de dikkate alındığında-* bir iyileşmenin olmayacağı *açıkça* anlaşılıyor ise artık teminat yükümlüsünün ceza hukuku sorumluluğu bulunmadığı kabul edilmelidir. Ancak, teminat yükümlüsünün subjektif olarak bu kanaati taşıması yeterli olmayıp; tıp biliminin verilerine göre bunun bilirkişi raporuyla tespit edilmesi gerekmektedir. Bilirkişi raporunda şayet hasta hastaneye tedavi için götürülmüş olsaydı dahi ölecekti şeklinde bir “tespit” ve değerlendirmede bulunulmuş ise, ölüm neticesi teminat yükümlüsüne objektif olarak isnat edilemez.

Gerçekleşen ölüm neticesinin teminat yükümlüsüne objektif olarak isnad edilebilir olması gerekmektedir. Tipik netice, failin fiilinin eseri olmalıdır. Failin ihmali davranışı bir tehlike ortaya çıkarmalı ve bu tehlike normun koruma amacında yer alan tipik neticede gerçekleşmelidir. Olayda, teminat yükümlüsünün ihmali davranışı ile hastanın ölümü arasında geçen zaman zarfında tıp biliminin verilerine göre hastalığın tedavisinde uygulanan yöntemler konusunda bir gelişme olmadığının tespit edilmesi halinde, teminat yükümlüsünün ihmali davranışının ortaya çıkardığı tehlikenin tipik neticede gerçekleştiği söylenemez. Somut olayda, teminat yükümlüsü, yükümlülüğüne uygun hareket ederek hastayı belirtilen zamanda hastaneye götürmüş olsa idi dahi, tıp biliminin verilerine göre ölüm neticesinin gerçekleşeceği söylenebiliyor ise, başka bir deyişle ölüm neticesi kaçınılmaz ise, bu neticenin teminat yükümlüsünün ihmali davranışının eseri olduğunu söylemeye imkan bulunmamaktadır (Neslihan Göktürk).

Üçüncü bir görüşe göre, bu durumda hastaya karşı teminat yükümlülüğünün gerekleri **kasten ihmal** edilmiştir. Yani Ferdi, eşi Melek’i tedavi için hastaneye götürmeyi kasten ihmal etmiştir. Olayda Ferdi’nin iyileşmesine dair ümidinin kalmadığı durumda dahi sağlığı her geçen gün bozulan eşini hastaneye götürmesi ve tedavisinin yapılmasını sağlaması gerekirdi. Bu itibarla teminat yükümlüsü, artık iyileşmesi ümidinin kalmadığı gerekçesiyle hasta eşini bir sağlık kuruluşuna götürmeme yönünde takdir yetkisine sahip değildir. Bu itibarla, Ferdi’nin her geçen gün sağlık durumu daha da kötüye giden hasta eşi Melek’i tedavi için hastaneye götürmemekle, TCK, m. 233’de tanımlanan “*Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali*” suçunu işlediği sonucuna ulaşılmıştır.

Söz konusu olayda kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçundan söz edilemez. Zira burada normun koruma amacı bağlamında meydana gelen ölüm neticesi teminat yükümlüsüne objektif olarak isnat edilemez. Ferdi'nin yükümlülüğü, hasta olan eşini hastaneye götürmek ve tedavisinin hastanede sürdürülmesini sağlamaktır. Eğer gerçekten tedavinin bir netice vermeyeceği, hastanın iyileşme umudunun kalmadığı tespiti yapılmışsa ve Ferdi, sağlık durumu her geçen gün daha da kötüleşen eşini bu nedenle hastaneye götürmemişse, hastaneye götürdüğü takdirde hastanın "**bir gün daha fazla yaşayacak**" olduğu "tespit edilmiş" olsa bile, Ferdi'nin eşinin ölümünden dolayı ceza hukuku sorumluluğundan söz edilemez. Aksi takdirde tamamen varsayımsal nedenlerle Ferdi'nin cezalandırılması mevzu bahis olacaktır.

Şayet her geçen gün sağlık durumu daha da kötüleşen Melek bu süreçte acı çekiyor ise, hastaneye götürülmesi, iyileşmesini sağlamasa bile, en azından acısını dindirebilir. Buna rağmen hastaneye götürülmesinin ihmal edilmesi halinde, TCK, m. 233'de tanımlanan "*Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali*" suçunun yanı sıra, **kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesinden** (TCK, m. 88) sorumluluk gündeme gelebilir.

Bununla birlikte teminat yükümlüsünün, her geçen gün sağlık durumu daha da kötüleşen hastayı, "*tedaviye devam edilmiş olsa dahi iyileşmeyeceği*" zannıyla, bir sağlık kuruluşuna götürmeyi ihmal etmesi ve sonuçta hastanın ölmesi halinde, şayet hastaneye götürülmüş olsaydı hastanın ölmeyeceği değerlendirmesinde bulunulmuş ise, bu ihmalinin özensizliğe bağlı olduğunu ve taksirle ölüme sebebiyet verdiğini kabul etmek gerekecektir. Ancak, teminat yükümlüsü, bu gibi durumlarda taksirle ölüme sebebiyet vermiş olmakla birlikte, gerçekleşen ölüm neticesi bakımından kusurlu addedilemeyebilecektir (Muhammed Demirel).

Dördüncü bir görüş ise, sorunu **haksızlık hatası** çerçevesinde ele almıştır (Gökhan Ölmez, Osman Gazi Ünal).

Bu olay bağlamındaki **değerlendirmemiz** şu şekildedir:

Karara konu teşkil eden olayda Ferdi, eşinin hasta olduğunu ve her geçen gün sağlık durumunun daha da kötüye gittiğinin bilincindedir. Bu bilincin gereği olarak önce eşini tedavi amacıyla sağlık kuruluşuna götürmüştür. Yapılan tedavinin akabinde taburcu edilerek evine gönderilirken, hastanın belirli bir süre sonra tekrar kontrole getirilmesi istenmiştir. Ancak bir süre sonra, kendi tasavvuruna göre eşinin iyileşme imkânının kalmadığı düşüncesiyle,

yükümlülüğünün gereklerini yerine getirmekten sarfınazar etmiştir.

İhmali davranışla gerçekleştirilen kasten öldürme suçunda, teminat yükümlüsü olarak kabul edilen ve fail olarak sorumluluğu değerlendirilen kişinin;

a) Kendisini ölen kişi bakımından teminat yükümlüsü kılan sıfatının, aralarındaki hukuki ilişkisinin,

b) Ölen kişinin hayatı bakımından tehlike oluşturan somut durumun,

c) Ölen kişinin hayatı bakımından mevcut olan somut tehlikenin önlenmesine yönelik olarak gereken icrai davranışları gerçekleştirme imkan ve iktidarına sahip bulunduğu,

ç) Ölen kişinin hayatı bakımından mevcut olan somut tehlikenin önlenmesine yönelik olarak gereken icrai davranışları gerçekleştirmediğinin,

bilincine sahip olması gerekir. Ancak bu durumda **öldürme kastının** varlığından söz edilebilir.

İhmali davranışla işlenen kasten öldürme suçu bağlamında fail olarak sorumluluğu değerlendirilen kişinin, ölen kişiye karşı teminat yükümlüsü olduğunu bilip bilmemesinin, kastı üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır. Teminat yükümlülüğünün varlığı hususundaki bilinç, haksızlık bilinci kapsamında, tersi ifadeyle, teminat yükümlülüğünün varlığı hususundaki hata, TCK, m. 30, f. 4'de düzenlenen **haksızlık hatası**, **haksızlık yanılması** çerçevesinde ve kusurluluk bağlamında bir değerlendirmeye tabu tutulması gerekir.

Ancak, teminat yükümlülüğünün varlığı hususundaki hata ile, kişi bakımından teminat yükümlülüğünü doğrun sıfatın, ölen kişi ile olan hukuki ilişkisinin varlığı hususundaki hatayı birbirine karıştırmamak gerekir. Birinci durumda TCK, m. 30, f. 4 hükmüne istinaden kusurluluk bağlamında ele alınması gereken **haksızlık hatası**; ikinci durumda ise TCK, m. 30, f. 1 hükmüne istinaden kast kapsamında değerlendirilmesi gereken **unsur hatası** söz konusudur.

Teminat yükümlüsünün, bu yükümlülüğün gereğini yerine getirmiş olsaydı dahi hayatı bakımından somut tehlike ile karşı karşıya bulunan **kişinin öleceği, tedavi edilmesinin bir fayda sağlamayacağı düşüncesiyle**, bu tehlikeye bağlı ölüm sonucunun meydana gelmemesine matuf icrai davranışta bulunmayı ihmal etmesi, teminat yükümlülüğünün gereğini yerine

getirmemiş olması, ihmali davranışla işlenen kasten öldürme suçuna ilişkin **kastın varlığını etkilemez**. Hasta olan, ölüm tehlikesine maruz kalan kişinin, tedavi için hastaneye kaldırılmış olması halinde dahi öleceği kanaatiyle, bu kişiye karşı teminat yükümlülüğünün yerine getirilmesinden imtina edilmesi ve ölüm sonucunun meydana gelmesi halinde, kasten öldürme suçunun ihmali davranışla işlendiğini kabul etmek gerekir. Bu kanaati, sadece failin kusurluluğu ve temel cezanın belirlenmesi bağlamında değerlendirmek gerekir.

Bu gibi durumlarda, şayet yaralanma veya sair hastalık sebebiyle hayatı bakımından somut tehlike ile karşı karşıya bulunan kişi ile ilgili olarak teminat yükümlülüğünün gereği yerine getirilmiş olsaydı dahi öleceği yönündeki “bilirkişi değerlendirmesi”ne dayanılarak ceza hukuku sorumluluğundan sarfınazar edilemez. Zira, bu “değerlendirme” **fiktif** olup bilimsel dayanaktan yoksundur. Aksi görüşlerle, görünüşte ihmali suçlarda sorumluluktan kurtulmak için kapı aralanmış olduğunu gözden uzak tutmamak gerekir.

Bazı durumlarda ise, teminat yükümlüsü (garantör), yaralanma veya sair hastalık sebebiyle hayatı bakımından somut tehlike ile karşı karşıya bulunan kişiyi, **kendiliğinden iyileşeceği ümit ve beklentisi ile** sağlık kuruluşuna götürülmez ve sonuçta hasta ölür ise, teminat yükümlüsünü **taksirle ölüme sebebiyet vermektен** dolayı sorumlu tutmak gerekir.⁵ Zira, bu gibi durumlarda, teminat yükümlüsü, hastanın hayatı bakımından somut tehlike ile karşı karşıya bulunduğu bilincinde değildir. Yaralanan veya sair surette hastalanan bir kişinin kendiliğinden iyileşeceği yönünde ümit ve beklenti içinde olmak, hayatı bakımından somut bir tehlikenin varlığı hususundaki bilinçten yoksun olmayı ifade eder.

Cevap 3. Aralarında kan bağı olup olmadığına bakılmaksızın aynı evde yaşayan kişiler arasında “sıkı yaşam ilişkisi” veya “gönüllü üstlenme” nedeniyle teminat yükümlülüğünün oluştuğunu kabul etmek gerekir. Zira bu gibi durumlarda, kişiler arasında formel olmayan bir sözleşme ilişkisinin tesis edilmiş olmaktadır. Nitekim, Türk Medeni Kanunu’nun “Ev Düzeni” başlığı altındaki 367 ve devamı maddeleri hükümleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde, **aralarında doğrudan kan bağı olmasa da devamlı olarak aynı evde yaşayan kayın hısımlarının da birbirleri bakımından teminat yükümlüsü olduğunun kabul edilmesi gerektiği** sonucuna

⁵ Bkz. YURTLU, İhmali Suçlar, sh. 279.

ulaşılmaktadır.⁶ Dolayısıyla Melek’le aynı evde yaşayan kayınpederi ve kayınvalidesinin de Melek bakımından kanundan doğan teminat yükümlülüğü mevcuttur. Bu nedenle Melek’in kayınvalidesi ve kayınpederi de Ferdi gibi, kasten öldürme suçunu ihmali davranışla işlemekten dolayı sorumlu tutulmalıdır. Bununla beraber öldürme suçu bakımından Ferdi için uygulanacak olan “suçun eşe karşı işlenmesi” nitelikli unsuru, kayınpeder ve kayınvalidenin ceza sorumluluğu bağlamında dikkate alınmayacaktır.

Bu itibarla, Melek’in ölümünden dolayı kayınpeder ve kayınvalidesinin ceza hukuku sorumluluğunu ön gelen fiile dayandırılması doğru olmamıştır. Bu olay bağlamında ön gelen fiil nedeniyle teminat yükümlülüğü değil, kanundan kaynaklanan teminat yükümlülüğü söz konusudur.

Bir an için, bir varsayım olarak, aynı çatı altında yaşamakta olsalar bile, sağlık durumu bozulan Melek bakımından kayınpeder ve kayınvalidesinin teminat yükümlülüğünün bulunmadığı kabul edildiği takdirde, Kutbettin ve Naciye’yi, teminat yükümlüsü olan oğulları Ferdi’nin eşine karşı ihmali davranışla işlediği kasten öldürme suçuna ihmali davranışla iştiraktan dolayı **yardım eden** sıfatıyla sorumlu tutmak gerekir.

Bir an için, bir varsayım olarak, aynı çatı altında yaşamakta olsalar bile, sağlık durumu bozulan Melek bakımından kayınpeder ve kayınvalidesinin teminat yükümlülüğünün bulunmadığı kabul edildiği takdirde, Kutbettin ve Naciye’yi, teminat yükümlüsü olan oğulları Ferdi’nin eşine karşı ihmali davranışla işlemekte olduğu kasten öldürme suçuna muttali olmalarına rağmen, bu kesintisiz suçla ilgili olarak bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemiş olmakla, TCK, m. 278’de tanımlanan suçu bildirmeme suçunu işlemişlerdir. Ancak, bu suç bakımından şahsi cezasızlık sebebinden yararlanırlar (TCK, m. 278, f. 4).

Ancak, teminat yükümlüsü olmadıklarının kabulü halinde, kayınpeder ve kayınvalidesinin, hasta olan ve her geçen gün sağlık durumu daha da kötüleşen Melek’in bu durumuna muttali olmalarına rağmen, Melek’le ilgili olarak yardım veya bildirimde bulunmamak suretiyle, ayrıca TCK, m. 98’de tanımlanan suçu işlediklerini kabul etmek gerekir. TCK, m. 44’de düzenlenen farklı neviden fikri içtima hükmünü dikkate alarak ve ayrıca olayda tedaviye muhtaç olan Melek öldüğü için, kayınpeder ve kayınvalidesini yardım

⁶ AKBULUT, Berrin: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. bası, Ankara, 2021, sh. 336; YURLU, İhmali Suçlar, sh. 610; ERBAŞ, Rahime: *Türk Ceza Kanunu’nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük*, İstanbul, 2019, sh. 264.

veya bildirim yükümlülüğünün ihlali suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinden (TCK, m. 98, f. 2) dolayı sorumlu tutmak gerekir.

Cevap 4. Ferdi'nin ailenin geçimini sağlamak amacıyla çalışmak üzere gurbette olması, aile bireylerine karşı teminat yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Ancak, kişinin bu teminat yükümlülüğünü yerine getirmemekten dolayı sorumluluğu için, bu yükümlülüğün gereklerine yerine getirme imkan ve iktidarına sahip olması gerekir. Eşin çalışmak üzere gurbette olması halinde, somut olayın şartları göz önünde bulundurularak, bu imkan ve iktidarın ortadan kalkmış olduğu kabul edilebilir. Bu imkan ve iktidarın ortadan kalkmış bulunduğu durumlarda, hasta olan, her geçen gün sağlığı daha fazla bozulan ve nihayetinde ölen eşine karşı teminat yükümlülüğünün gereklerini yerine getiremeyen Ferdi, ihmali davranışla işlenmiş kasten öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulamaz.

Ferdi'nin gurbette olduğu zaman zarfında, eşi Melek, kayınpeder ve kayınvalidesiyle birlikte aynı evde oturmaya devam etmişlerdir. Yukarıda 3. sorunun cevabında izah edildiği üzere, müşterek evde ikamet etmeye bağlı olarak, kayınpeder ve kayınvalidesi ile Melek arasında birbirlerine karşı koruma ve gözetim (teminat) yükümlülüğü doğmuştur. Bu zaman zarfında hastalanan, her geçen gün sağlığı daha fazla bozulan ve nihayetinde ölen gelinlerine karşı teminat yükümlülüğünün gereklerini kasten yerine getirmeyen kayınpeder ve kayınvalideyi ihmali davranışla işlenmiş kasten öldürme suçundan (TCK, m. 83) dolayı müşterek failer olarak sorumlu tutmak gerekir.

Cevap 5. Yukarıda açıklandığı üzere, Ferdi'nin eşi Melek'in her geçen gün hastalığının daha da ağırlaşmasına rağmen, teminat yükümlülüğünün gereklerine aykırı olarak, tedavisinin yapılmasını sağlamak için bir sağlık kuruluşuna götürülmesini ihmal etmesi halinde, tedaviden yoksun kalan eşinin nihayetinde ölümünden dolayı ihmali davranışla işlenmiş kasten öldürme suçuna (TCK, m. 83) ilişkin hükümlere göre sorumlu tutulması gerekir.

Ferdi'nin anne ve babasının, ayrı evde yaşamaya devam etmeleri halinde, gelinleri Melek bakımından teminat yükümlülüklerinden bahsedilemez. Ancak, kayınpederi ve kayınvalidesi, Melek'in hasta olduğunu, sağlık durumunun her geçen gün daha da ağırlaştığını ve buna rağmen eşi Ferdi tarafından tedavi için bir sağlık kuruluşuna götürülmediğini bilmektedirler. Bu durumda Kutbettin ve Naciye'yi, teminat yükümlüsü olan oğulları Ferdi'nin eşine karşı ihmali davranışla işlemekte olduğu kasten öldürme suçuna muttali olmalarına rağmen, bu kesintisiz suçla ilgili olarak bildirim yükümlülüğünü

yerine getirmemiş olmakla, TCK, m. 278'de tanımlanan suçü bildirmeme suçunu işlemişlerdir. Ancak, bu suç bakımından şahsi cezasızlık sebebinden yararlanırlar (CMK, m. 45'e atıfta bulunan TCK, m. 278, f. 4).

Ancak, bu ihtimalde teminat yükümlüsü olmayan kayınpeder ve kayınvalidesinin, hasta olan ve her geçen gün sağlık durumu daha da kötüleşen Melek'in bu durumuna muttali olmalarına rağmen, Melek'le ilgili olarak yardım veya bildirimde bulunmamak suretiyle, ayrıca TCK, m. 98'de tanımlanan suçü işlediklerini kabul etmek gerekir. TCK, m. 44'de düzenlenen farklı neviden fikri içtima hükmünü dikkate alarak ve ayrıca olayda tedaviye muhtaç olan Melek öldüğü için, kayınpeder ve kayınvalidesini yardım veya bildirim yükümlülüğünün ihlali suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış halinden (TCK, m. 98, f. 2) dolayı sorumlu tutmak gerekir.

Cevap 6. Ferdi ile evlenerek ayrı bir aile kuran Melek ile babası Kasım arasında bu evliliğin tesisinden sonra artık teminat yükümlülüğünün varlığından söz edilemez. Ancak, babası Kasım, Melek'in hasta olduğunu, sağlık durumunun her geçen gün daha da ağırlaştığını ve buna rağmen eşi Ferdi tarafından tedavi için bir sağlık kuruluşuna götürülmediğini bilmektedir. Buna rağmen Melek'in sağlık sorunu karşısında duyarsız kalmaya devam etmiştir. Bu durumda Kasım'ı, teminat yükümlüsü olan damadı Ferdi'nin eşine karşı ihmalî davranışla işlemekte olduğu kasten öldürme suçuna muttali olmasına rağmen, bu kesintisiz suçla ilgili olarak bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemiş olmakla, TCK, m. 278'de tanımlanan suçü bildirmeme suçunu işlemekten dolayı sorumlu tutulması gerekir. Ancak, Kasım da bu suç bakımından şahsi cezasızlık sebebinden yararlanır (CMK, m. 45'e atıfta bulunan TCK, m. 278, f. 4).

Ancak, Kasım'ın, hasta olan ve her geçen gün sağlık durumu daha da kötüleşen evli kızı Melek'in bu durumuna muttali olmasına rağmen, Melek'le ilgili olarak yardım veya bildirimde bulunmamak suretiyle, ayrıca TCK, m. 98'de tanımlanan suçü işleğini kabul etmek gerekir. TCK, m. 44'de düzenlenen farklı neviden fikri içtima hükmünü dikkate alarak ve ayrıca, olayda tedaviye muhtaç olan Melek öldüğü için, babası Kasım'ı yardım veya bildirim yükümlülüğünün ihlali suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış halinden (TCK, m. 98, f. 2) dolayı sorumlu tutmak gerekir.

Cevap 7. Söz konusu davada sanık olan Kasım'a mahkeme kararıyla aynı zamanda katılan sıfatı verilmiştir. Ceza muhakemesinde yargılama konusu suçtan zarar gördüğü kabul edilen kişinin yargılamayı yapan

mahkeme tarafından davaya katılmasına karar verilebilir (CMK, m. 238). Bu karar üzerine, suçtan zarar gördüğü kabul edilen kişi, bu yargılama faaliyeti bağlamında **katılan** sıfatıyla bazı yetkiler kullanabilmektedir.

Karşılıklı kasten yaralama, karşılıklı hakaret gibi birden fazla suçun işlendiği iddiasıyla açılan davalarda, bir kişi hem sanık hem de katılan sıfatını haiz olabilir. Dikkat edilmelidir ki, bu gibi durumlarda, sanıkların birbirlerine karşı, karşılıklı olarak işledikleri (iddia edilen) birden fazla suç söz konusudur.

Yargılama konusu olayda ise, hasta olan, her geçen gün sağlık durumu daha da kötüleşen ve buna rağmen tedavi imkanından yararlandırılmayan Melek'in ölümünden dolayı eşinin, kayınpederinin, kayınvalidesinin ve babasının ceza hukuku bakımından sorumlulukları tartışılmaktadır. Bu itibarla, ölen Melek'in babası Kasım'a sanık olduğu davada katılan sıfatının verilmesi doğru olmamıştır. Bu durum karşısında, mahkemenin sanıklardan Kasım'la ilgili olarak daha önce vermiş bulunduğu katılan sıfatıyla davaya katılmasının kabulüne dair kararın kaldırılmasına karar vermesi gerekir.

Cevap 8. Söz konusu davada sanık olan Kasım'a mahkeme kararıyla aynı zamanda katılan sıfatı verilmiştir. Kanun yolu başvurusunu inceleme mercii, hükmü veren mahkemenin takdirini ancak sebep itibarıyla denetleyebilir. Başka bir ifadeyle, takdirin sebebi olarak herhangi bir hususun, somut durumun gösterilmiş olup olmaması, gösterilmiş olan sebebin dosya içeriğiyle uygunluğu bakımından denetim yapılabilir. Bu itibarla, mahkemenin takdirin sebebi olarak herhangi bir somut belirlemede bulunmadan sadece ilgili kanun hükümlerinde yer alan ibareleri tekrarlayarak takdir yetkisini kullandığı durumlarda, bu yetkinin kullanılmasının sebep yönünden hukuka aykırı olması dolayısıyla, hükmün bozulması gerekir. Gösterilen sebepler itibarıyla hukuka uygun olmasına rağmen, takdir edilen ölçütün kanun yolu mercii tarafından denetiminin yapılamaması gerekir. Takdirin sebepler itibarıyla hukuka uygunluğunun denetimi yapılabilecektir. Bu nedenle, örneğin taksirli suçlarda failin taksire dayalı kusurunun ağırlığına rağmen, temel cezanın alt sınırdan belirlenmesi halinde, kullanılan takdir yetkisinin sebep unsuru itibarıyla hukuka aykırılığını kabul etmek gerekir. Buna karşılık, sebepleri gösterilerek failin taksire dayalı kusurunun ağırlığının izah edilmiş olması halinde, temel cezanın üst sınıra yakın olarak ve hatta üst sınırdan takdiri, kanun yolu mercii tarafından denetlenemez.⁷

⁷ ÖZGENÇ, İzzet/KILIÇ, Ali Şahin/BAYTEMİR KONTACI, Burcu/ÖLMEZ, Gökhan/ ÜNAL, Osman Gazi/ GENÇ, Fatma Umay/YURTLU, Fatih: *Ceza Hukuku Genel ve Özel Hükümler, Karar İncelemeleri, Sınav Soru ve Cevapları*, 2. bası, Ankara, Ekim 2022, sh. 47 vd.

KASTEN ÖLDÜRMEİN İHMALİ DAVRANIŞLA İŞLENMESİ (TCK M. 83) BAKIMINDAN TEŞEBBÜS ve İÇTİMA HÜKÜMLERİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ

(Yargıtay 1. Ceza Dairesi 2019/2477 Esas, 2020/258 Karar Sayılı ve 03.02.2020 Tarihli Karar İncelemesi)

Applicability Of The Provisions Of Criminal Attempt And Joinder Of Offences, Concerning Willful Killing By Omission

(Review Of The Decision Of The Penal Department No. 1 Of The Court Of Turkish Cassation, Basis No. 2019/2477, Decision No. 2020/258, And Dated 03.02.2020)

Fatih YURTLU*

Özet

Suç oluşturan fiiller, her şeyden önce belirli niteliklere sahip insan davranışlarıdır. Suçun temel unsuru olan fiil, aktif bir davranış olarak ortaya çıkabileceği gibi pasif bir davranışla da ortaya çıkabilir. Birinci durumda icrai suç, ikinci durumda ise ihmali suç söz konusudur. Ancak gösterdikleri özelliklerden dolayı ihmali suçlar, icrai suçlardan birçok noktada farklılık göstermektedir. Bu farklılıkların kendini gösterdiği başlıca kurumlardan ikisi teşebbüs ve içtimadır. En temel insan hakkı olan yaşama hakkının ihlal edilmesine yönelik fiiller öldürme suçlarında tipikleştirilmiştir. Bu kapsamda, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda kasten öldürmenin icrai davranışla işlenmesi 81. maddede, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi ise 83. maddede düzenlenmiştir. İş bu çalışmada, kasten öldürme suçunun ihmali davranışla işlenmesi halinde ortaya çıkabilecek teşebbüs ve içtima sorunları ele alınacaktır. Bu kapsamda öncelikle, tipik bir görünüşte ihmali suç olan kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi (TCK m. 83) halinde teşebbüsün mümkün olup olmadığı teorik açıdan tartışılacaktır. Sonrasında, 5237 sayılı TCK'nın teşebbüse ilişkin temel hükmü olan 35. maddenin görünüşte ihmali suçlar bakımından ve dolayısıyla kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi açısından uygulanıp uygulanamayacağı incelenecektir. Çalışmanın devamında, özellikle garantörlüğün öngelen tehlikeli davranıştan kaynaklandığı durumlarda faillerin, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesiyle birlikte öngelen tehlikeli davranıştan ayrıca sorumlu olup olmayacağı

* Dr. Öğr. Üyesi, Pamukkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Pamukkale / DENİZLİ, e-posta: fatihyurtlu@gmail.com, ORCID: 0000-0003-2905-7900.

hususunu tartışılacaktır. Özetlediğimiz bu temel değerlendirmeler, konunun daha iyi anlaşılabilmesi ve somutlaştırılabilmesi açısından Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 2019/2477 Esas, 2020/258 Karar Sayılı ve 03.02.2020 Tarihli Kararı üzerinden yapılacaktır. Söz konusu bu teorik tartışmalar sırasında, ilgili Yargıtay Kararı'nın maddi ceza hukuku bakımından önem arz eden diğer hususlarına da yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler: *Görünüşte ihmali suç, kasten öldürme, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi, teşebbüs, içtima.*

Abstract

Criminal acts are, first of all, human behavior that has certain features. The act, which is the basic element of the crime, can occur as an active behavior, as well as a passive behavior. In the first case, it is an act of commission, and in the second, it is an act of omission. However, due to the characteristics they have, an act of omission differs from an act of commission in many respects. Two of the main concepts where these differences manifest themselves are criminal attempts and the joinder of offenses. Acts aimed at violating the right to live, which is the most basic human right, are typified in murder crimes. In this context, in the Turkish Penal Code No. 5237, the commission of willful killing is regulated in Article 81, and willful killing by omission is regulated in Article 83. In this study, the problems that may arise from criminal attempts and joinder of offenses if the crime of willful killing is committed by omission will be discussed. In this context, first of all, it will be discussed theoretically whether the attempt is possible in the case of the crime of willful killing by omission (Article 83 of the TPC) which is a typical act of omission. Afterward, it will be examined whether Article 35, the basic provision of the Turkish Penal Code No. 5237 on the criminal attempt, can be applied in terms of derivative omission offense and therefore in terms of willful killing by omission. In that follows, it will be discussed whether the perpetrators will be responsible for the previous dangerous behavior other than willful killing by omission, especially in cases where the guarantee is formed due to the previous dangerous behavior. These evaluations that we have summarized will be made based on the decision of the Penal Department No. 1 of the Court of Turkish Cassation, Basis No. 2019/2477, Decision No. 2020/258, and dated 03.02.2020 to better understand and concretize the subject. During these theoretical discussions, other issues of importance in terms of substantive criminal law will also be mentioned.

Keywords: *Derivative omission offense, willful killing, willful killing by omission, criminal attempt, joinder of offences.*

GİRİŞ

Suç oluşturan haksızlıklar kısaca; “toplumsal düzenin devamı açısından korunması gereken hukuki değerlerin açık veya bilinçli bir ihlali ya da en azından, bu değerleri korumaya yönelik kurallara özensizlik niteliği taşıyan insan davranışları” şeklinde tanımlanabilir¹. Bir davranışın suç oluşturması ve nihayetinde ceza hukuku sorumluluğuna esas alınabilmesi için bazı nitelikleri bünyesinde barındırması gerekir. Bir davranışın ceza hukuku sorumluluğu doğurabilmesi, yani teknik anlamda “*fil*” olarak nitelendirilebilmesi için insan kaynaklı, insanın yönlendirici iradesinin ürünü ve dış dünyaya yansımış olması gerekir².

Belirli özelliklere sahip insan davranışının dış dünyada tezahür etmiş olması, ceza sorumluluğunun doğması için gerekli ancak yeterli değildir. Günümüz suç teorilerinde, bir fiilin cezalandırmaya esas alınabilmesi için belirli bir nitelik ve niceliğe ulaşması da aranmaktadır³. Tipte düzenlenen suçun tamamlanması için bazı aşamalardan geçmesi gerekir. Suçun tamamlanması için geçmesi gereken bu aşamalara “*suç yolu (iter criminis)*” denilmektedir⁴. Suç yolu da doktrinde; “*karar aşaması*”, “*hazırlık hareketleri*”, “*icra hareketleri*” ve “*netice*” olmak üzere kendi içerisinde dört temel aşamaya/evreye ayrılmaktadır⁵.

Salt düşünme eylemi, her ne kadar bir kimsenin suç işlemeye yönelik iradesini açıkça ortaya koymuş olsa dahi maddi âleme yansımadığı sürece teknik anlamda “*fil*” olarak telakki edilemez ve dolayısıyla cezalandırılmaz⁶. Dahası, suç işlemeye yönelik bir irade açıkça ortaya konulduktan sonra bu kararının icrası kapsamında birtakım hazırlık hareketleri yapılmış olsa dahi kural olarak ceza hukuku sorumluluğu doğmayacaktır. “*Hazırlık hareketleri*” olarak adlandırılan suç yolunun bu ikinci evresi de kural olarak

¹ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 174.

² Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 100. vd.

³ Özgenç, Genel Hükümler, s. 501.

⁴ Adem Sözüer, Suça Teşebbüs, İstanbul 1994, s. 157; Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi, İstanbul 2010, s. 292.

⁵ Koca ve Üzülmöz, Genel Hükümler, s. 416; Zafer, s. 292.

⁶ Zafer, s. 292.

cezalandırılmaz⁷. Bir suçun hazırlık hareketlerinin cezalandırılabilmesi ancak bu hareketlerin kanunda müstakil bir suç tipi olarak düzenlenmesiyle mümkündür⁸. Örneğin, “suç işlemek amacıyla (terör) örgüt kurma, yönetme veya üye olma”⁹, “ruhsatsız silah bulundurma/taşıma” gibi...

Hukuk kuralları, genellikle kişilere “belirli şeyleri yapmama” yükümlülüğü yani yasaklar getirmektedir. Bu tür davranış kuralları doktrinde “**yasak normu**” olarak ifade edilmektedir¹⁰. Yasak normlarının ihlal edilmesi durumunda karşımıza “icrai suçlar” çıkmaktadır¹¹. Sayıları yasak normları (icrai suçlar) kadar olmamakla birlikte¹² hukuk kuralları tarafından kişilere “belirli şekilde davranma/yapma” yükümlülükleri de öngörülmektedir¹³. Bu davranış kuralları ise “**emir normu**”¹⁴ olarak adlandırılmaktadır. Emir normlarının ihlal edilmesi halinde ise “**ihmali suçlardan**” bahsedilir¹⁵. Bir başka ifadeyle, ihmali suçlarda tipik fiil, icrai suçlarda olduğu gibi bir davranışın yapılması şeklinde değil yapılmaması şeklinde dış dünyaya yansımaktadır¹⁶.

⁷ Mehmet Oral, “Teşebbüs”, Ceza Hukuku Günleri - 70. Yılında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, İstanbul 1997 (26 - 27 Mart), s. 203; Özgenç, Genel Hükümler, s. 501.

⁸ Bu genel kuralın üç temel istisnası vardır. Bunlar; bazı hazırlık hareketlerinin ceza kanunlarında müstakil birer suç olarak düzenlenmesi, hazırlık hareketi olan fiillerin işlenen suçun icrası bakımından şeriklik (yardım etme) niteliği taşıması ve bazı suç tiplerinde hazırlık hareketlerinin de tamamlanmış suç gibi cezalandırılmasıdır. Bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s. 506.

⁹ İzzet Özgenç, Suç Örgütleri, 13. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 14 - 15; Fatih Yurtlu, “Suç Örgütünün Propagandasını Yapma Suçu ve Türkiye Açısından AİHM Kararlarına Yansımaları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XX, S. 3, Y. 2016 (Temmuz), s. 412.

¹⁰ Koca ve Üzülmez, Genel Hükümler, s. 390 - 391.

¹¹ Karl Heinz Gössel, “Die normwidrige strafbare Unterlassung als ontischer Sachverhalt”, Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag, München 2014, s. 225; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2008, s. 245.

¹² İcrai suç sayısının ihmali suç sayısından fazla olmasının nedenini açıklayan görüşler için bkz. Hakan Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara 2003, Seçkin Yayınevi, s. 29 vd.

¹³ Fatih Yurtlu, “Suçu Bildirmeme Suçu”, Dr. Silvia Tellenbach’a Armağan, Ankara 2018, Seçkin Yayınevi, s. 758.

¹⁴ Özgenç, Genel Hükümler, s. 30; Koca ve Üzülmez, Genel Hükümler, s. 391.

¹⁵ Gössel, “Die normwidrige”, s. 225.

¹⁶ İzzet Özgenç, Uygulamalı Ceza Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1998, s. 38; Koca ve Üzülmez, Genel Hükümler, s. 39.

İhmali suçlar doktrinde, “*saf (gerçek) ihmali suçlar*” ve “*görünüşte (garantörsel-gerçek olmayan) ihmali suçlar*” olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır¹⁷. “*Saf ihmali suçlarda*”, ihmali davranışın yani tipik fiilin neyden ibaret olduğu bizzat suç normunda ifade edilmekte ve normda bizzat belirtilen fiilin yapılmamasıyla birlikte suç da tamamlanmaktadır (Örneğin TCK m. 98, TCK m. 278 gibi).

İhmali suçların ikinci ve belki de daha önemli kısmını oluşturan “*görünüşte ihmali suçlar*” ise, aslında icrai bir davranışla gerçekleştirilebilen suç tiplerinin ihmali davranışla gerçekleştirilmesidir. Örneğin; TCK m. 81’de düzenlenen kasten öldürme suçu kural olarak icrai bir davranışla gerçekleştirilir. Buna karşılık bir kimse kasten öldürme suçunu kendisine düşen yükümlülüğünü yerine getirmemek suretiyle de yani ihmali davranışla da işleyebilir. 5237 sayılı TCK’da, Alman Ceza Kanunu m. 13’te olduğu gibi ihmali suçlara ilişkin genel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Buna karşın 5237 sayılı TCK’nın özel hükümler kısmında bazı suç tiplerinin ihmali davranışla işlenmesi müstakil olarak düzenlenmiştir. Bu minvalde ihmali davranışla kasten öldürme, TCK m. 83’de müstakil bir suç tipi olarak¹⁸ karşımıza çıkmaktadır¹⁹.

Görüldüğü üzere suçlar hem aktif yani icrai hem de pasif yani ihmali davranışla işlenebilmektedir. Günümüzde aktif davranışla işlenen suç sayısı (icrai suçlar), pasif davranışla işlenen suç (ihmali suçlar) sayısından fazladır. Buna karşılık, gelişen teknik ve teknoloji ile karmaşıklaşan organizasyon yapıları nedeniyle ihmali suçların sayısı da her geçen gün artış göstermektedir²⁰. Buna karşılık modern suç teorileri, kasten ve icrai olarak işlenen fiiller üzerine

¹⁷ Zahit Yılmaz, “*Müşterek Faillik ve Dolaylı Faillik Kurumlarının İhmali Suçlar Yönünden Değerlendirilmesi*”, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 24, S. 1, Y. 2018, s. 124; Zafer, s. 160.

¹⁸ Doktrinde TCK m. 83’ün müstakil bir suç tipi olmadığı da savunulmaktadır. Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 20. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, s. 145.

¹⁹ Alman ve İsviçre Ceza kanunlarında olduğu gibi Türk Ceza Kanunu’nda da ihmali suçlara ilişkin düzenlemenin genel hükümler kısmına alınmasının faydalı olacağına yönelik görüşler için bkz. Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 17. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, s. 170; Fatih Yurtlu, İhmali Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, s. 386.

²⁰ Son dönemlerde gündeme gelen “*sürücüsüz arabalar*” da ihmali sorumluluk alanını genişletecek gelişmelerden biridir. Reuters İnternet Sitesi. “*Fatal Tesla Autopilot crash driver had hands off wheel: U.S. agency*” <https://www.reuters.com/article/us-tesla-crash-idUSKCN1J31VP>, siteye erişim tarihi: 05.12.2022.

inşa edilmiştir. Bir başka ifadeyle ihmali suçlar, suç teorisi bakımından icrai suçlara nazaran hep geride kalmıştır. Fakat ihmali suçların da tutarlı ve makul bir teorik temele oturtulması ceza adaleti bakımından zorunluluk arz etmektedir.

İhmali suçlarda icrai suçlardan farklılık arz eden önemli iki başlık teşebbüs ve içtimadır. İhmali suçların kendilerine has yapısı, bu suçlarda teşebbüs hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı, uygulanacak ise ne şekilde uygulanacağı hususunu karmaşık hale getirmiştir. Benzer şekilde, özellikle öngelen tehlikeli hareketten kaynaklanan garantörlük hallerinde failerin hangi içtima kurallarına göre cezalandırılacağı da hem teorik hem de pratik açıdan önemli bir soruna işaret etmektedir. Açıklamaya çalıştığımız tüm bu gerekçelerle çalışmamızda; Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin **2019/2477 Esas 2020/258 Karar No'lu ve 03.02.2020 Tarihli** kararı özelinde, görünüşte ihmali suçlarda teşebbüs ve içtima hükümlerinin ne şekilde uygulanabileceği hususunu irdedeceğiz. Bu kapsamda özellikle 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun teşebbüs ve içtimaya ilişkin hükümlerinin kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi bakımından uygulanıp uygulanamayacağı hususları teorik ve pratik açıdan değerlendirilecektir.

II. İNCELEME KONUSU OLAY

Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin **03.02.2020 Tarihli ve 2019/2477 Esas, 2020/258 Karar** sayılı hükmüne konu teşkil eden olay özetle şu şekilde cereyan etmiştir:

Sanık S ile Maktul M, bir TV kanalındaki ilanlar aracılığıyla tanışmış ve telefonla konuşup mesajlaşmaya başlamışlardır. Sanık S, maktul M ile M'nin yaşı küçük oğlu O'yu 08.02.2009 tarihinde arabasına bindirip bir ya da iki gün belirlenemeyen bir yerde (rıızaları ile) alıkoyduktan sonra onları ormanlık alana götürmüştür. Burada çocuk mağdurun (O) gözü önünde sanık S ile maktul M cinsel ilişkiye girmişler; akabinde sanık S maktul M'yi darp ederek öldürmüştür. Sanık S, öldürdüğü maktul M'nin üzerinde bulunan yaklaşık 6.000 TL parayı ve 5 adet altın bileziği de almıştır. Tüm bu fiillerine ek olarak sanık S; olayın gerçekleştiği ormanlık alan yerleşim yerine çok uzak ve mevsimin kış olmasına rağmen maktul M'nin yaşı küçük oğlu O'yu olay yerinde bırakarak oradan ayrılmıştır. Tek başına kalan mağdur çocuk O donmak üzereyken tesadüfen olay yerinden geçen avcılar tarafından bulunarak hastaneye kaldırılmış ve hastanede yapılan tedavi sonrasında sağlığına kavuşmuştur.

III. ÇÖZÜMLENMESİ GEREKEN HUKUKİ PROBLEMLER

Karara konu teşkil eden olay bakımından çözümlenmesi gereken sübut ve muhakeme problemleri bir kenarı bırakıldığında, maddi ceza hukuku bakımından önem arz eden üç temel problem şu şekildedir:

a) Somut olayda S tarafından işlenen suç tipleri nelerdir?

b) Somut olayda mağdur çocuk O bakımından S'nin öldürme kastıyla hareket ettiği kabul edilirse, ihmali suretle kasten öldürme (TCK m. 83) suçu bakımından teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkün müdür?

c) Somut olayda, tespit edilen suçlar açısından ve özellikle kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi bakımından hangi içtima hükümleri uygulanmalıdır? Neden?

IV. MERCİLERİN ÇÖZÜM ŞEKİLLERİ

Yargılama mercilerinin olaya ilişkin kararları özetle şu şekildedir:

İlk Derece Mahkemesi; sanık S hakkında maktul M'yi nitelikli kasten öldürme ve yağma suçlarından, mağdur çocuk O bakımından ise ihmali davranışla kasten öldürmeye teşebbüsten mahkûm etmiştir. Ancak söz konusu mahkûmiyet kararı; Cumhuriyet Savcısı tarafından sanık hakkında kasten öldürmeye teşebbüsten verilen cezanın üst sınırdan verilmesi gerektiğinden bahisle, sanık müdafii tarafından ise eksik inceleme ve değerlendirme ile sübuta ilişkin olarak hatalı tespitler yapıldığı gerekçeleriyle temyiz edilmiştir²¹.

Yargıtay 1. Ceza Dairesi yaptığı temyiz incelemesi sonucunda; ilk derece mahkemesinin kabul ve takdirine göre sanık S hakkında maktul M'yi nitelikli kasten öldürme ve yağma suçlarından kurulan mahkûmiyet hükümleri açısından (sanık müdafinin temyiz itirazlarının yerinde olmadığından) temyiz talebinin esastan reddine karar vermiştir. Ancak Yargıtay 1. Ceza Dairesi; sanık S'nin mağdur çocuk O'ya yönelik fiillerini "*ihmali davranışla öldürmeye teşebbüs*" kapsamında değerlendiren ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet hükmünü aşağıdaki gerekçelerle bozmuştur:

"Sanığın eyleminin ihmali davranışla kasten yaralama suçunu oluşturacağı ve eylemine uyan TCK'nin 86/1-3b, 87/1-d ve 88. maddeleri

²¹ Yargıtay Kararı'ndan konuya ilişkin Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 1. Ceza Dairesi'nin 11.10.2018 gün ve 2018/2972 E. 2018/2893 K. sayılı kararıyla ne yönde hüküm kurulduğu net olarak anlaşılmadığından bu kısım değerlendirme dışı bırakılmıştır.

uyarınca cezalandırılması gerektiği gözetilmeksizin olayda yasal unsurları oluşmadığından uygulama ihtimali bulunmayan ihmali davranışla öldürmeye teşebbüs suçundan yazılı şekilde hüküm kurulmak suretiyle fazla ceza tayini yasaya aykırı olup...”

Çoğunluk görüşüne katılmayan daire üyeleri ise aşağıdaki gerekçelerle karşı oy kullanmışlardır:

“Sanığın mağdura yönelik eylemi ile ilgili sayın çoğunluk TCK'nin 86/1, 3, 87/1-d ve 88. maddeleri kapsamında kaldığı nedeniyle ilk derece mahkemesinin kararının bozulmasına hükmetmiş ise de bu görüşe katılmıyoruz. Şöyle ki; Sanığın, maktul ile birlikte mağduru da suçun işlendiği yere götürdüğü, suç yerinin yerleşim yerlerinden uzak olduğu, mevsimin kış olduğu, mağdurun yaşı itibarıyla böyle bir yerde kendisini koruyacak veya hayatını idame ettiremeyeceğinin sanık tarafından bilindiği, mağdurun annesinin koruma ve gözetimi altında bulunduğu, ancak sanığın maktul anneyi öldürerek bu olanağı da ortadan kaldırdığı, mağdurun burada tek başına bırakılması halinde ölüm sonucunun mutlaka meydana geleceğinin sanık tarafından bilindiği halde sanığın bu sonucun meydana gelmemesi için hiçbir şey yapmadığı aksine bütün koşulların sanık tarafından bilinçli olarak oluşturulduğu, nitekim mağdurun ölmek üzere iken orada dolaşan avcılar tarafından kurtarıldığı ve hayati tehlike geçirdiği anlaşılmaktadır:

Ölümü meydana getirecek elverişli davranışların sanık tarafından doğrudan doğruya icra edilmemekle birlikte sanığın, mağdurun öleceğini bilmesine rağmen bu sonucu engellemek için yükümlü olduğu davranışların hiçbirini yapmayarak ihmali davranışla meydana gelen neticeye sebebiyet verdiği noktasında bir tereddüt bulunmamaktadır. Burada tartışılması gereken eylemin TCK'nin 83. mü yoksa 88. maddesi kapsamında kaldığıdır. Ölüm meydana gelmesi halinde suçun TCK'nin 83. maddesi kapsamında kalacağı aşikardır. Ancak ölüm meydana gelmediği durumlarda 83. maddenin uygulanması mümkün müdür? Bizce mümkündür. Çünkü bir ihmal suretiyle icra suçu olan bu suça teşebbüs mümkündür. Buna göre failin ihmal suretiyle bir kimseyi öldürmek kastıyla, yükümlü olduğu icrai davranışı neticenin oluşumu bakımından elverişli olacak tarzda ihmalden sonra, failin elinde olmayan etkenlerden ötürü netice gerçekleşmezse fail, ihmal suretiyle kasten öldürmeye teşebbüsten ceza almalıdır. Somut olayda sanığın öldürme kastıyla hareket ettiği kastının yaralama olmadığı ve yükümlü olduğu davranışları ihmal ederek mağdurun hayatı bakımından tehlikeli bir durumun ortaya çıkmasına sebebiyet verdiği ancak sanığın elinde olmayan

nedenlerden dolayı kastedilen sonucun meydana gelmediği anlaşıldığından ilk derece mahkemesinin uygulamasının yerinde olduğu bu nedenle kararın onanması gerektiği kanaatinde olduğumuzdan sayın çoğunluğun görüşüne katılmıyoruz”.

V. HUKUKİ DEĞERLENDİRME

Somut olayda tüm yargı mercileri sübuta ilişkin ortak fikirde olduğundan biz de değerlendirmemizi kabul edilen sübut üzerinden yapacağız. Yukarıda tespit ettiğimiz ve çözümlenmesi gereken hukuki problemlerden ilki, somut olayda S tarafından işlenen suç tiplerinin neler olduğudur.

Yargıtay kararına konu olayda, sanık S tarafından maktul M’ye karşı kasten öldürmenin nitelikli hali ve yağma suçu işlendiği hususunda tüm merciler hemfikiridir. Kasten öldürmenin nitelikli haline ilişkin olarak somut olayın niteliğine göre birden fazla nitelikli unsur gerçekleşmiş olabilir.

Somut olayda yağma suçunun oluşumu bakımından failin öldürme kastına odaklanmak gerekir. Doktrinde savunulan bir görüş şu şekildedir: Fail en baştan itibaren maktulü öldürüp üzerindeki para ve bilezikleri alma kastıyla hareket etmiş ise kasten öldürme suçuyla beraber yağma suçunun da oluşacağını kabul etmek gerekir²². Buna karşılık doktrinde bizim de katıldığımız bir diğer görüş ise; sanık S, maktulü öldürdükten sonra üzerindeki malları almaya karar vermiş ise somut olayda artık yağma suçunun değil hırsızlık suçunun oluştuğunu savunmaktadır²³. Bu durumda, hırsızlık suçunun TCK m. 142/2-a’da düzenlenen “*kişinin malını koruyamayacak durumda olmasından veya ölmesinden yararlanarak*” işlenmesi nitelikli halini değerlendirmek gerekir.

Konuya ilişkin değerlendirmenin, yağma suçuyla korunan hukuki değerden yola çıkılarak yapılmasının daha isabetli olacağı kanaatindeyiz. Yağma suçuyla korunan hukuki değer birden fazladır. Bu bağlamda yağma suçuyla; bir taraftan hırsızlık suçunda olduğu gibi mülkiyet ve zilyetliğin, diğer taraftan kişi özgürlüğü ve irade serbestisinin korunduğunu kabul etmek gerekir²⁴. Yağma suçunun koruduğu hukuki değer perspektifinden bir değerlendirme yapıldığında, fail her ne kadar mağdurun malını alma kastıyla

²² Tezcan / Erdem / Önok, s. 800.

²³ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 714; İzzet Özgenç, “İhmali Suç Teorisi”, AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXV, S. 4, Y. 2021, s. 340, dipnot: 63.

²⁴ Özbek, Doğan ve Bacaksız, s. 669; Tezcan, Erdem ve Önok, s. 796 - 797.

hareket etse de, doğrudan mağdurun öldürülüp malının alınması halinde yağma suçunun değil, kasten öldürme ve hırsızlık suçunun oluşacağı kanaatindeyiz²⁵. Bu durumda fail, kasten öldürmenin nitelikli unsuru (TCK m. 82, f. 1, bent h / bir suçun işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla işlenmesi) ve hırsızlık suçundan gerçek içtima hükümlerince yani ayrı ayrı sorumlu tutulmalıdır²⁶.

Somut olayda her ne kadar sanık S'nin mağdur M ve çocuk O'yu iki gün boyunca bilinmeyen bir yerde alıkoyduğundan bahsedilmiş ise de, kararda söz konusu bu fiilin "*ilgililerin rızasına*" dayandığından bahsedildiğinden "*kişiyi hürriyetinden yoksun kılma*" suçu değerlendirme dışı bırakılmıştır. Ancak somut olayın özelliklerine göre, sanık S baştan itibaren ilgilileri öldürmek / yağmalamak kastıyla alıkoymuş ise mağdurların aldatılmış olarak gösterdikleri rızanın fiili hukuka uygun hale getirmeyeceğini gözden kaçırmamak gerekir²⁷. Bu ihtimalde sanığın ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan da cezalandırılması gerekir. Bu durumda O bakımından TCK m. 109, f. 3, bent f (suçun çocuğa karşı işlenmesi), M bakımından ise TCK m. 109, f. 5 (suçun cinsel amaçla işlenmesi) nitelikli unsurlarının oluşacağını gözden kaçırmamak gerekir. Bu durumda failin tek bir fiil ile iki kişinin özgürlüğünü tahdit ettiğinden bahisle aynı neviden fikri içtima kurallarının uygulanması da tartışılmalıdır (TCK m. 43/2).

Hakeza sanık S bakımından M'ye yönelik fiili nedeniyle hiçbir merci cinsel saldırı suçundan dolayı hüküm kurulmadığına göre, cinsel ilişki bakımından maktul M'nin rızasının varlığı kabul edilmiş görünmektedir. Aksi takdirde S'nin M'ye karşı nitelikli cinsel saldırı suçunu (TCK m. 102, f. 2 / suçun organ sokarak gerçekleştirilmesi) işlediğinin kabulü gerekirdi. Bununla beraber gözden kaçırılmaması gereken diğer bir önemli nokta ise, sanık ile maktulün küçük çocuğun gözü önünde cinsel ilişkiye girmiş olmalarıdır²⁸. Bu

²⁵ Özgenç, "*İhmali Suç Teorisi*", s. 340, dipnot 63.

²⁶ Bu ihtimalde failin kasten öldürmenin nitelikli unsuruna ek olarak hırsızlık suçunun nitelikli unsuru olan TCK m. 142, f. 2, bent a / kişinin ölmesinden yararlanılarak suçun işlenmesi bakımından sorumlu olması gerektiği düşünülse de, bu durum çifte değerlendirme yasağının bir ihlalini oluşturabilir. Çünkü failin mağduru öldürmesi fiili, hem kasten öldürme suç bakımından hem de hırsızlık suç bakımından iki ayrı nitelikli unsur olarak değerlendirilmekte ve cezada artırma gidilmektedir.

²⁷ Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçları bakımından rızanın hukuki niteliği hakkında ayrıntılı değerlendirme için bkz. Fatih Yurtlu, "*Cinsel Saldırı ve Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçları Bakımından Akıl Hastasının Rızası*", Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (ABÜHFD), C. 8, S. 16, Y. Aralık (2020), s. 1343 - 1364.

²⁸ Özgenç, "*İhmali Suç Teorisi*", s. 339 - 340, dipnot 63.

bakımdan, söz konusu cinsel ilişki her iki yetişkinin rızasıyla gerçekleşmiş olsa dahi mağdur çocuğa karşı cinsel taciz suçunun işlendiğinin kabulü gerekir. Çünkü bir çocuğun gözü önünde cinsel ilişkiye girilmesi, çocuğa bedeni bir temas söz konusu olmadığından, cinsel taciz olarak değerlendirilmelidir. Bu nedenle, eğer söz konusu fiil maktul kadının rızasıyla gerçekleşmiş ise M bakımından TCK m. 105, f. 1 son cümle (suçun çocuğa karşı işlenmesi) ile f. 2, bent b ve e'deki (bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından ve teşhir suretiyle işlenmesi) nitelikli unsurları, sanık S bakımından ise TCK m. 105, f. 1 son cümle (suçun çocuğa karşı işlenmesi) ve TCK m. 105, f. 2, bent e (suçun teşhir suretiyle işlenmesi) nitelikli unsuru oluşacaktır²⁹. Olay neticesinde hayatını kaybettiği için M bakımından bu suç bakımından tartışmanın yapılmaması kabul edilebilir ise de, S bakımından bu tartışmanın yapılmaması söz konusu kararlar bakımından ciddi bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır.

Buna mukabil söz konusu cinsel ilişki mağdur M'nin rızası hilafına yani cebir ve şiddet kullanılarak gerçekleştirilmiş ise, bu durumda sanık S bakımından maktul M'ye karşı nitelikli cinsel saldırı (TCK m. 102, f. 2 / suçun organ sokarak gerçekleştirilmesi); mağdur çocuk O'ya karşı ise cinsel taciz suçunun çocuğa karşı işlenmesi (TCK m. 105, f.1 son cümle) ve TCK m. 105, f. 2, bent e (suçun teşhir suretiyle işlenmesi) nitelikli unsurlarından sorumluluk gündeme gelecektir. Ancak bu ikinci durumda, sanık S'nin tek bir fiil ile iki ayrı suça sebebiyet verdiği (M'ye karşı nitelikli cinsel saldırı, O'ya karşı ise nitelikli cinsel taciz) gözden kaçırılmamalıdır. Bu nedenle sanık S tek bir fiil ile kanunun iki ayrı hükmünü ihlal ettiğinden, sadece nitelikli cinsel saldırı suçundan sorumlu tutulmalıdır (farklı neviden fikri içtima TCK m. 44). Ancak bu husus cinsel saldırı suçunun temel cezası belirlenirken alt sınırdan uzaklaşılmasında göz önünde bulundurulmalıdır.

Olayda merciler arasında ve özellikle Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin üyeleri arasında görüş ayrılıklarına neden olan temel husus; sanık S tarafından mağdur çocuk O'ya karşı gerçekleştirilen fiilin hukuki niteliğidir. Bu noktada ilk olarak üzerinde durulması gereken nokta, sanık S'nin mağdur çocuğa karşı gerçekleştirdiği fiildeki kastının tespitidir. Olaydan anlaşıldığı kadarıyla sanık

²⁹ Doktrinde 15 yaş altındaki çocuklara yönelik “*temas olsun olmasın*” tüm cinsel fiillerin “*çocuğun cinsel istismarı*” kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve dolayısıyla somut olayda failin TCK m. 103 kapsamında cezalandırılması gerektiği de ifade edilmektedir. Bkz. Özgenç, “*İhmalî Suç Teorisi*”, s. 339, dipnot 63. Daha önce bu görüşü savunmakla birlikte TCK m. 105'te yapılan değişiklik sonrası artık cinsel taciz suçunun çocuklara karşı da işlenebileceğine yönelik yaklaşım için bkz. Tezcan / Erdem / Önok, s. 465 - 466.

S, mağdur çocuk O ile çocuğun annesi maktul M'yi yerleşim yerine oldukça uzak bir ormanlık alana götürdükten sonra anne M'yi öldürmüş ve yaşça küçük çocuk O'yu da orada bırakarak olay yerinden ayrılmıştır. Donmak üzere olan çocuk tesadüf eseri avcılar tarafından bulunmuş ve hastaneye kaldırılmıştır. Bu olay örgüsü içerisinde sanık S'nin mağdur çocuk O'ya karşı öldürme kastıyla hareket ettiğinin kabulü gerekir.

Buna ek olarak somut uyuşmazlık bakımından çözülmesi gereken ikinci hukuki problem, sanık S'nin mağdur çocuk O'ya karşı gerçekleştirmiş olduğu fiilin icrai mi yoksa ihmali mi olduğudur³⁰. Kanaatimizce somut olayda ölüm neticesine yol açan fiil, çocuğun kış mevsiminde ormanlık alana götürülmesi değil, orada savunmasız bir şekilde kendi başına bırakılmasıdır. Sanık S, çocuğu ve annesini ormanlık alana götürdükten sonra anneyi öldürdüğünden, önceki tehlikeli davranışı nedeniyle çocuk bakımından artık garantör (teminat yükümlüsü) konumuna gelmiştir. S, küçük çocuk O'nun hayatta kalmasına yönelik herhangi bir girişimde bulunmadan onu öylece bırakıp olay yerinden ayrıldığından, kasten öldürme suçu bakımından davranışının icrai değil ihmali olduğunun kabulü gerekir.

Tam bu noktada teorik açıdan tartışılması gereken temel husus, görünüşte ihmali suçlara teşebbüsün mümkün olup olmadığıdır. Görünüşte ihmali suçlara teorik açıdan teşebbüsün mümkün olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bu kısa çalışmamızda söz konusu teorik tartışmaların ayrıntılarına girmemiz mümkün olmadığından, sadece daha önceki çalışmalarımızda³¹ varmış olduğumuz şu kanaatimizi tekrarlamakla yetinelim. Kanaatimiz, doktrindeki baskın görüşe³² paralel olarak görünüşte ihmali suçlara teşebbüsün teorik

³⁰ Somut bir olayda tipik fiilin icrai mi yoksa ihmali mi olduğunun tespiti ceza adaleti bakımından oldukça önemli olmakla beraber, bu ayrımın yapılması da bir o kadar zordur. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz. Armin Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen 1988; Karl Engisch, *“Tun und Unterlassen”*, *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, Berlin - New York 1973, s. 163 - 196; Rahime Erbaş, *“İcrai ve İhmali Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”*, *DEÜHFD*, C. 21, S. 1, Y. 2019, s. 404.

³¹ Bkz. Fatih Yurtlu, *İhmali Suçlar*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022; Fatih Yurtlu, *“Suç Teorisi Bakımından İhmali Suçların Yapısı”*, *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXV, S. 3, Y. 2021, s. 581 - 638.

³² Kayıhan İçel, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih S. Mahmutoğlu ve Yener Ünver, *İçel Suç Teorisi*, 2. Kitap, Sebat Yayınevi, İstanbul 1999, s. 356; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 114; Yener Ünver, *İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik*, İnfaz Kurumlarından Kaçma (TCK'de Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, s. 349; Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara 2014,

açından mümkün olduğu yönündedir³³. Görünüşte ihmali suçlarda da neticeyi bir maddi unsur olarak kabul edip, ihmali davranış ve netice arasında ontik anlamda bir nedensellik ilişkisi kurduğumuzdan³⁴ bu suçlara teşebbüsün teorik açıdan mümkün olduğunu kabul etmekteyiz³⁵. Bununla beraber 5237 sayılı TCK'nın teşebbüsü düzenleyen 35. maddesinin ihmali suçlar bakımından uygulanıp uygulanamayacağı ise ayrıca tartışılması gereken bir konudur.

Teşebbüsü düzenleyen TCK m. 35 ile gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen TCK m. 36'nın lafızları birlikte değerlendirildiğinde, Türk kanun koyucunun bu hükümlerde bilinçli bir şekilde "*icra hareketlerinden*" bahsettiği görülmektedir. Teşebbüs hükümleri ceza hukukunda sorumluluk alanını genişlettiğinden³⁶, bu hükümlerin yorum yoluyla ihmali suçlara teşmil edilmesi

s. 293; Önder Tozman, "*İhmali Suçlarda Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme*", TBB Dergisi, S. 84, Y. 2009, s. 165 - 166; Gözde Kazaker, *Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs*, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 294; Hakeri, s. 265.

³³ Doktrinde baskın yaklaşım görünüşte ihmali suçlara teşebbüsün mümkün olduğunu kabul etmekle beraber teşebbüs sorumluluğunun başlangıç anının tespitinde farklı yaklaşımlara rastlanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tozman, s. 166 v.d; Yurtlu, İhmali Suçlar, s. 323 - 327.

³⁴ Türk ve Alman hukukunda ihmali suçların yapısına ilişkin ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. Armin Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen 1988; Karl Engisch, "*Tun und Unterlassen*", *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, Berlin / New York 1973, s. 163 - 196; Dietrich Rolf Herzberg, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantienprinzip*, Berlin 1972; Karl Heinz Gössel, "*Die normwidrige strafbare Unterlassung als ontischer Sachverhalt*", *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, München 2014, s. 225 - 246; Gimbernat Enrique Ordeig, *Beiträge zur Strafrechtswissenschaft: Handlung, Kausalität, Unterlassung*, Berlin 2013; Günter Spindel, "*Zur Unterscheidung Von Tun Und Unterlassen*", *Festschrift Für Eberhard Schmidt Zum 70. Geburtstag*, In Göttingen 1961, s. 183 - 199; Manfred Maiwald, çev. Cumhuriyet Şahin, "*Handeln und Unterlassen - Handeln für einen Anderen*", "*İcra ve İhmali Davranış - Bir Başkası İçin Hareket Etmek*", *Diskussionsbeitraege zum Entwurf des türkischen Strafgesetzbuches*, Türk Ceza Kanunu İçin Müzakereler, Konya, Selçuk Üniversitesi Yayını, Y. 1998, s. 159 -174 (Almanca metin: Aynı eser, s. 143 - 158); Sulhi Dönmezer, "*İhmal Suretiyle İcra Suçları*", *İÜHFİM*, C. 9, S. 3 - 4, Y. 1944, s. 473 - 494; Hakan Hakeri, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003; Hakan Hakeri, "*İhmali Suçlar*", *CHD (Ceza Hukuku Dergisi)*, S. 4, Y. 2007 (Ağustos), s. 137 - 169; İzzet Özgenç, "*İhmali Suç Teorisi*", *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXV, S. 4, Y. 2021, s. 303 - 378; Fatih Yurtlu, *İhmali Suçlar*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022; Fatih Yurtlu, "*Suç Teorisi Bakımından İhmali Suçların Yapısı*", *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXV, S. 3, Y. 2021, s. 581 - 638; Rahime Erbaş, *Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük*, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2019.

³⁵ Yurtlu, *İhmali Suçlar*, s. 327.

³⁶ Zafer, s. 294.

maddi ceza hukukundaki genişletici yorum yasağıyla bağdaşmayacaktır³⁷. Bu gerekçelerle doktrindeki baskın görüşe paralel olarak görünüşte ihmali suçlara teşebbüsün teorik açıdan mümkün olduğunu kabul etmekle beraber 5237 sayılı TCK'nın teşebbüse ilişkin hükümlerinin yalnızca icrai suçlar bakımından uygulanabileceği, buna karşın ihmali suçlar bakımından ise uygulanamayacağı kanaatindeyiz³⁸.

Yukarıda da değindiğimiz üzere, doktrindeki baskın yaklaşım görünüşte ihmali suçlara teşebbüsü kabul etmekle birlikte³⁹ teşebbüs sorumluluğunun ne zaman başlayacağı hususunda ayrılmaktadır⁴⁰. İhmali suçlarda teşebbüs sorumluluğunun ne zaman başlayacağı hususunda, dört temel yaklaşım ön plana çıkmaktadır. Bunlar; *“mümkün olan ilk anı başlangıç kabul eden yaklaşım”*, *“mümkün olan son anı başlangıç kabul eden yaklaşım”*, *“doğrudan tehlikenin olduğu anı başlangıç kabul eden yaklaşım (etki teorisi)”* ve *“sürecin hâkimiyet altında tutulması ve doğrudan tehlikenin doğması şartlarını birlikte arayan yaklaşım”* olarak karşımıza çıkmaktadır⁴¹.

Teşebbüs anının ne zaman başladığına ilişkin teorik tartışmaların ayrıntılarına girmeyecek olmakla beraber, söz konusu bu yaklaşımlardan sonuncusunu daha isabetli bulmaktayız. Alman öğretisinde Roxin tarafından ortaya atılan ve sonradan taraftar bulan bu yaklaşıma göre; failin ihmali süreci hâkimiyet altında tuttuğu durumlar ile hâkimiyet alanı dışına çıkardığı durumları birbirinden ayırmak gerekir⁴². Eğer ihmali davranışa ilişkin süreç hala failerin kontrolü altında ise, failin teşebbüs sorumluluğu ancak suçun konusu bakımından yakın ve doğrudan bir tehlikenin ortaya çıkmasıyla mümkündür. Örneğin küçük bebeğini savunmasız ve aç bir şekilde bırakan anne, her an bebeğe müdahale edebilecek konumda bulunduğu süre boyunca teşebbüs sorumluluğu ancak bebeğin hayati fonksiyonlarının etkilenmesiyle başlayacaktır. Buna karşılık, somut olayımızda olduğu gibi, fail ihmali süreci kendi hâkimiyet alanından kasten çıkarmış ise, bir başka ifadeyle, fail istenmeyen neticenin gerçekleşip gerçekleşmemesini tamamen tesadüflere

³⁷ Yurtlu, İhmali Suçlar, s. 332.

³⁸ Yurtlu, İhmali Suçlar, s. 332.

³⁹ Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 177.

⁴⁰ Tozman, s. 166 vd.

⁴¹ Christian Jäger, Examens - Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil, Nürnberg, 2017, 8. Neu bearbeitete Auflage, kn. 303, s. 271.

⁴² Akt. Tozman, s. 172.

bırakarak süreç üzerindeki hâkimiyetini bilerek sonlandırmış ise teşebbüs sorumluluğu bu andan itibaren başlayacaktır⁴³. İhmalî suçlarda teşebbüs sorumluluğunun başlangıç anının belirlenmesinde bu ölçütün kullanılmasının en önemli iki sonucu, ihmalî suçlar bakımından da gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanabilmesini sağlaması ve teşebbüs sorumluluğunun başlangıç anı bakımından dengeli bir yaklaşımı benimsemiş olmasıdır.

Bu teorik kabulümüzü inceleme konusu Yargıtay kararındaki somut olaya uyguladığımızda şöyle bir sonuca ulaşılmaktadır: Sanık S, küçük çocuk O'ya yönelik kasten öldürmeye yönelik nedensel süreci başlattıktan sonra bu nedensel süreci kendi hâkimiyet alanından çıkarmıştır⁴⁴. Yani sanık S bakımından teşebbüs sorumluluğu mağdur çocuk O'yu ormanlık alanda kendi başına bırakarak olay yerinden ayrıldığı an itibariyle başlamıştır. Somut olayda da görüldüğü gibi, ölüm neticesine yönelik nedensel süreç tesadüf eseri oradan geçmekte olan avcıların çocuğu fark etmeleri nedeniyle tamamlan(a) madığından tamamlanmamış ve nihayetinde çocuk hayatta kalmıştır. Sonuç olarak bu olayda kasten öldürmenin ihmalî davranışla işlenmesi teşebbüs aşamasında kalmıştır.

Buraya kadar yapılan açıklamalar tamamen suç teorisi göz önünde tutularak yapılmıştır. Yukarıda da açıkça vurguladığımız üzere, görünüşte ihmalî suçlara teorik açıdan teşebbüsün mümkün olup olmadığı ayrı, TCK'nın teşebbüse ilişkin hükümlerinin ihmalî suçlar bakımından uygulanıp uygulanmayacağı ise ayrı bir hukuki tartışmanın konusudur. Her ne kadar teorik açıdan görünüşte ihmalî suçlara teşebbüsün mümkün olduğunu kabul ediyor olsak da, 5237 sayılı TCK'nın teşebbüse ilişkin hükümlerinin (TCK m. 35 ve 36) ihmalî suçlar bakımından uygulanmasının mümkün olmadığını düşünmekteyiz. Dolayısıyla bu tip durumlarda faillerin ancak o ana kadar tamamlanmış suç tiplerinden sorumlu tutulması mümkündür. Somut olaya geri döndüğümüzde; mağdur çocuk O donmak üzereyken avcılar tarafından bulunduğu göre sanık S'nin TCK m. 88 yollamasıyla TCK m. 86, f. 3, bent b (beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak kişiye karşı) ve m. 87, f. 1, bent d (yaşamını tehlikeye sokan bir duruma neden olması) kapsamında cezalandırılması gerektiğine yönelik Yargıtay 1. C.D.'nin vermiş olduğu bozma kararı gerekçesi açısından hatalı ve eksik olmasına rağmen sonuç

⁴³ Yaklaşımına ilişkin ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. Yurtlu, İhmalî Suçlar, s. 325 vd.

⁴⁴ Tozman, s. 172.

olarak isabetli görünmektedir⁴⁵.

İnceleme konusu olay ve konuya ilişkin olarak dikkat çekmek istediğimiz ikinci husus ise içtimaya ilişkindir. Yargıtay kararına konu olayda tam olarak gerçekleşmemiş olsa da, görünüşte ihmali suçlar bakımından tartışılması gereken bir diğer önemli konu, öngelen tehlikeli davranıştan kaynaklanan garantörlük hallerinde karşılaşılmaması muhtemel içtima problemidir. Özellikle taksirle yaralama suçunu oluşturan trafik kazalarında, mağduru yaralayan kişilerin olay yerinden ayrılması ve mağdurun olaydan belirli bir süre sonrasında kan kaybı nedeniyle öldüğü durumlarda, failerin hangi içtima kurallarına göre cezalandırılacağı önemli bir içtima problemi oluşturmaktadır.

Doktrinde bir görüş; bu tip durumlarda failerin taksirle yaralama ve kasten öldürmenin ihmali davranışla gerçekleştirmesi fiillerinden, gerçek içtima hükümlerince yani ayrı ayrı cezalandırılması gerektiği yönündedir⁴⁶. Ancak bu yaklaşıma birazdan açıklayacağımız gerekçelerle iştirak etmiyoruz. Bu tip durumlarda, failin tipik bir görünüşte ihmali suç örneği olan kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi (TCK m. 83) nedeniyle sorumlu tutulmasını sağlayan ve görünüşte ihmali suçların bir maddi unsuru olan “*garantörlük*”, failin gerçekleştirdiği taksirli yaralama fiilinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla, failin gerçekleştirmiş olduğu taksirle yaralama fiili, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesinin (TCK m. 83) içinde bir maddi unsur olarak zaten değerlendirilmektedir. Bu nedenle, bu tip olaylarda failin kasten öldürmenin ihmali davranışından sorumlu tutulmasına ek olarak taksirli yaralamadan ayrıca sorumlu tutulması ceza hukukundaki “*çifte değerlendirme yasağının*” açık bir ihlalini oluşturacaktır⁴⁷. Sonuç olarak, bu tip olaylarda failerin yalnızca kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesinden sorumlu tutulması gerektiğini, garantörlüğün maddi kaynağını oluşturan (öngelen tehlikeli hareketi) taksirli fiillerden ayrıca cezalandırma yoluna gidilmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

VI. SONUÇ

Bu kısa çalışmamızda, Yargıtay 1. Ceza Dairesi’nin 2019/2477 Esas, 2020/258 Karar sayılı ve 03.02.2020 Tarihli kararı üzerinden, TCK m. 83

⁴⁵ Somut olayda sanık S’nin mağdur çocuk O bakımından gerçekleştirdiği fiilin ihmali suretle kasten öldürme suçuna değil, terk suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşan haline (TCK m. 97, f. 2) sebebiyet vereceği de ifade edilmektedir. Özgenç, “*İhmali Suç Teorisi*”, s. 340, dipnot 63.

⁴⁶ Neslihan Göktürk, *Fikri İçtima (Suçların İçtiması)*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013, s. 222.

⁴⁷ Yurtlu, *İhmali Suçlar*, s. 372.

bağlamında görünüşte ihmali suçlarda teşebbüs ve içtima hükümlerinin uygulanmasına ilişkin sorun teşkil edebileceğini düşündüğümüz teşebbüs ve içtima hususlarını inceledik. Bu kapsamda, doktrindeki baskın görüşe paralel olarak görünüşte ihmali suçlara teşebbüsün teorik açıdan mümkün olduğunu kabul etmekle beraber, 5237 sayılı TCK'nın teşebbüse ilişkin hükümlerinin ihmali suçlar bakımından uygulanamayacağı sonucuna varmış bulunmaktayız. TCK'nın teşebbüse ilişkin 35. maddesi ile gönüllü vazgeçmeye ilişkin 36. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, teşebbüs hükümlerinin yalnızca icrai suçlar bakımından uygulanabileceğinin kabulü gerekir. Bu durum, Türk Kanun Koyucu'nun bilinçli bir tercihi gibi görünmektedir. Teşebbüse ilişkin 35. ve 36. maddelerinin lafızlarında açıkça "icra" ve "icra hareketlerinden" bahsedilmesine rağmen yorum yoluyla bu hükümlerin ihmali suçlar bakımından da uygulanacağı çıkarımını yapmak kanaatimizce mümkün değildir. Çünkü teşebbüs hükümleri esas itibarıyla sorumluluk alanını genişletici niteliktedir. Dolayısıyla ceza sorumluluk alanını genişleten teşebbüs hükümlerinin yorum yoluyla ihmali suçlara da uygulanmasının her şeyden önce maddi ceza hukukundaki genişletici yorum yasağıyla çelişeceği kanaatindeyiz.

5237 sayılı TCK'nın teşebbüse ilişkin hükümlerinin görünüşte ihmali suçlar bakımından uygulanamayacak olması, bu tip durumlarda faillerin cezasız kalması sonucunu da doğurmayacaktır. Failler her ne kadar ihmali suça teşebbüsten sorumlu olmayacak ise de o ana kadar tamamlanmış diğer sonuçlardan sorumlulukları devam edecektir. Bu bakımdan, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçuna (TCK m. 83) teşebbüs hükümlerince sorumlu tutulamayacak failler, söz konusu ihmali davranışlarının mağdurların acı çekmesine neden olması nedeniyle ihmali suretle kasten yaralama hükümlerince (TCK m. 88) sorumlu tutulacaktır.

Bu genel tespitler ışığında, görünüşte ihmali suçlarda teşebbüse ilişkin incelediğimiz Yargıtay kararına konu somut olayda; ilk derece mahkemesi ve karara katılmayan Yargıtay üyelerin yaklaşımları teorik açıdan isabetli görünmektedir. Doktrindeki baskın görüş de görünüşte ihmali suçlara teşebbüsün mümkün olduğunu kabul etmektedir. Buna karşılık TCK m. 35'teki teşebbüs hükümlerinin yalnızca icrai suçlar bakımından uygulanabileceğini kabul ettiğimizden, Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin varmış olduğu nihai hükmün yeterli / isabetli gerekçe içermemesine rağmen "sonuç olarak yerinde olduğunu" düşünmekteyiz. Kısacası, görünüşte ihmali suçlara teşebbüse ilişkin ilk derece mahkemesi ve bozma kararında karşı oy kullanan Yargıtay üyelerinin yaklaşımı teorik açıdan isabetli iken, çoğunluk yaklaşımı ise yeterli

ve doyurucu gerekçe içermemesine rağmen netice itibariyle isabetlidir.

Görünüşte ihmali suçlara yönelik teori ve uygulamada sorun oluşturan bir diğer husus, garantörlüğün öngelen tehlikeli davranıştan doğduğu durumlarda karşımıza çıkmaktadır. Bu durum, özellikle taksirli yaralama fiilleri sonrasında mağdurun kendi haline bırakılması nedeniyle ölüm neticesinin meydana geldiği (TCK m. 83) durumlarda hangi içtima kuralının uygulanacağı konusunda ön plana çıkmaktadır. Bu tip durumlarda faillerin yalnızca kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesinden (TCK m. 83) sorumlu olması gerekir. Bu ihtimalde faillere ilk fiillerinin oluşturduğu taksirle yaralama nedeniyle ayrıca ceza verilmesi “*çifte değerlendirme yasağının*” açık bir ihlalini oluşturacaktır. Dikkat edilmelidir ki bu tip örneklerde faillerin görünüşte ihmali suçtan cezalandırılmasını sağlayan garantörlük, suçun temel bir maddi unsurudur ve başta işlenen taksirle yaralama suçunun bizatihi kendisinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla, taksirle yaralama fiili kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesinde maddi bir unsur olarak (garantörlükte) değerlendirildikten sonra ayrıca müstakil bir suç olarak kabul edilerek failin ayrıca bu suç tipinden de cezalandırılmasını isabetli bulmuyoruz.

KAYNAKÇA

- CENTEL**, Nur / **ZAFER**, Hamide / **ÇAKMUT**, Özlem: **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 5. Bası, Beta Yayınevi, 2008.
- DÖNMEZER**, Sulhi : **“İhmal Suretiyle İcra Suçları”**, *İÜHFİM*, C. 9, S. 3 - 4, Y. 1944, s. 473 - 494.
- ENGİSCH**, Karl : **“Tun und Unterlassen”**, *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, Berlin / New York 1973, s. 163 - 196.
- ERBAŞ**, Rahime : **“İcrai ve İhmali Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”**, *DEÜHFD*, C. 21, S. 1, Y. 2019, s. 397 - 449.
- ERBAŞ**, Rahime : **Türk Ceza Kanunu’nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük**, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2019.
- GÖKTÜRK**, Neslihan : **Fikri İctima (Suçların İctimai)**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013.
- GÖSSEL**, K. H. : **“Die normwidrige strafbare Unterlassung als ontischer Sachverhalt”**, *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, München 2014, s. 225 - 246.
- HAKERİ**, Hakan : **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, Seçkin Yayınevi, 2003.
- HAKERİ**, Hakan : **“İhmali Suçlar”**, *CHD (Ceza Hukuku Dergisi)*, S. 4, Y. Ağustos 2007, s. 137 - 169.
- HERZBERG**, Rolf Dietrich : **Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip**, Berlin 1972.
- İÇEL**, Kayıhan, **ÖZGENÇ**, İzzet, **SÖZÜER**, Adem, **MAHMUTOĞLU**, Fatih S. ve **ÜNVER**, Yener : **İçel Suç Teorisi**, 2. Kitap, Sebat Yayınları, İstanbul 1999.
- JÄGER**, Christian : **Examens - Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil**, 8. Neu bearbeitete Auflage, 2017.
- KAUFMANN**, Armin : **Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte**, Göttingen 1988.
- KAZAKER**, Gözde : **Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs**, Adalet

Yayınevi, Ankara 2019.

KOCA, Mahmut ve ÜZÜLMEZ, İlhan : Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020.

KOCA, Mahmut ve ÜZÜLMEZ, İlhan : Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

MAIWALD, Manfred : “Handeln und Unterlassen - Handeln für einen Anderen”, “İcrâi ve İhmali Davranış - Bir Başkası İçin Hareket Etmek”, Diskussionsbeiträge zum Entwurf des türkischen Strafgesetzbuches, Türk Ceza Kanunu İçin Müzakereler, çev. Cumhur ŞAHİN, Konya, Selçuk Üniversitesi Yayını, Y. 1998, s. 159 -174 (Almanca metin: Aynı eser, s. 143 - 158).

ORAL, Mehmet : “Teşebbüs”, Ceza Hukuku Günleri - 70. Yılında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, İstanbul 1997 (26 - 27 Mart), s. 197 - 207.

ORDEİG, Gimbernat Enrique : Beiträge zur Strafrechtswissenschaft: Handlung, Kausalität, Unterlassung, Berlin 2013.

ÖZBEK, Veli Özer, DOĞAN Koray ve BACAŞIZ, Pınar : Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 17. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022.

ÖZGENÇ, İzzet : “İhmali Suç Teorisi”. AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXV, S. 4, Y. 2021, s. 303 - 378.

ÖZGENÇ, İzzet : Suç Örgütleri, 13. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020.

ÖZGENÇ, İzzet : Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020.

ÖZGENÇ, İzzet : Uygulamalı Ceza Hukuku, 2. Bası, Seçkin Yayınevi, 1998.

REUTERS : “Fatal Tesla Autopilot crash driver had hands off wheel: U.S. agency” , <https://www.reuters.com/article/us-tesla-crash-idUSKCN1J31VP>, siteye erişim tarihi: 22.05.2022.

SOYASLAN, Doğan : Ceza Hukuku Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.

SÖZÜER, Adem : Suça Teşebbüs, İstanbul 1994.

SPENDEL, Günter : “Zur Unterscheidung Von Tun Und Unterlassen”,

Festschrift Für Eberhard Schmidt Zum 70. Geburtstag, In Göttingen 1961, s. 183 - 199.

TEZCAN, Durmuş, **ERDEM**, Mustafa Ruhan ve **ÖNOK**, R. Murat : **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 20. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022.

TOROSLU, Nevzat : **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara 2014.

TOZMAN, Önder : **“İhmali Suçlarda Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme”**, TBB Dergisi, S. 84, Y. 2009, s. 160 - 187.

ÜNVER, Yener : **İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma (TCK’de Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar)**, Seçkin Yayınevi, 5. Baskı, Ankara 2019.

YILMAZ, Zahit : **“Müşterek Faillik ve Dolaylı Faillik Kurumlarının İhmali Suçlar Yönünden Değerlendirilmesi”**, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, S. 24, Y. 2018, s. 122 - 131.

YURTLU, Fatih : **“Cinsel Saldırı ve Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçları Bakımından Akıl Hastasının Rızası”**, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (ABÜHFD), C. 8, S. 16, Y. Aralık (2020), s. 1343 - 1364.

YURTLU, Fatih : **“İhmali Suçlar”**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022.

YURTLU, Fatih : **“Suç Örgütünün Propagandasını Yapma Suçu ve Türkiye Açısından AİHM Kararlarına Yansımaları”**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XX, S. 3, Y. 2016 (Temmuz), s. 411 - 435.

YURTLU, Fatih : **“Suç Teorisi Bakımından İhmali Suçların Yapısı”**, AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXV, S. 3, Y. 2021, s. 581 - 638.

YURTLU, Fatih : **“Suçu Bildirmeme Suçu”**, in Feridun Yenisey, İzzet Özgenç, Ayşe Nuhoğlu, Adem Sözüer, Faruk Turhan (Ed), Dr. Silvia Tellenbach’a Armağan, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, s. 757 - 784.

ZAFER, Hamide : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınevi, İstanbul 2010.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ ARMANI DA SILVA v. BİRLEŞİK KRALLIK KARAR İNCELEMESİ

A Review Of The European Court Of Human Rights Case Of Armani Da Silva V. United Kingdom

Efe Can KARABULAT*

Özet

Jean Charles de Menezes'in kolluk görevlileri tarafından bir terör operasyonu sırasında öldürülmesi ve bu olaya ilişkin yargı sürecinin AIHM tarafından ele alındığı Armani Da Silva v. Birleşik Krallık kararı, son yıllarda AIHM tarafından verilen en önemli kararlardan biridir. Hem yaşama hakkı ihlallerinde etkin soruşturma yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesi hem de meşru savunmada hata kurallarının uygulanması bakımından Armani Da Silva kararı önemli açılımlar getirmiştir. Mahkeme, Menezes'in ölümüne neden olan iki kolluk görevlisi hakkında kovuşturmayla yer olmadığı kararı verilmiş olmasını Birleşik Krallık hukuku bakımından değerlendirmiş ve bu durumun etkin soruşturma yükümlülüğünün ihlali olmadığına hükmetmiştir. Meşru savunmada hata hükümleri bakımından ise mahkeme sübjektif bir yorum metodu benimsemiş ve failin meşru savunma halinde bulunduğuna ilişkin samimi inancını yeterli görmüştür.

Anahtar kelimeler: AIHM, etkin soruşturma, yaşam hakkı, meşru savunma.

Abstract

Armani Da Silva v. The United Kingdom decision is one of the most important decisions made by the ECHR in recent years. The Armani Da Silva decision brought important developments both in terms of determining the scope of the obligation to effective investigation in violations of the right to life and the application of mistaken self-defense. The Court evaluated the decision not to prosecute the two law enforcement officers who caused the death of Menezes, in terms of UK law, and decided that this was not a violation of the obligation to conduct an effective investigation. In terms of mistaken self defense provisions, the court adopted a subjective interpretation method and deemed the perpetrator's sincere belief that he was in a legitimate defense sufficient.

Keywords: ECHR, effective investigation, right to life, self-defence.

* Ar. Gör., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye, efe.karabulat@hbv.edu.tr.

ORCID: 0000-0002-2181-1692

GİRİŞ

Bu çalışmada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Armani Da Silva v. Birleşik Krallık* kararı¹ incelenecektir. Kararda, kolluk güçleri tarafından vurularak öldürülen Jean Charles de Menezes'in kuzeni Patricia Armani Da Silva tarafından yapılan başvuru üzerine, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. ve 3. maddelerinin ihlal edildiği iddiası ele alınmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin son yıllarda verdiği pek çok önemli karar bulunmaktadır. Bu kararlar içerisinde neden *Armani Da Silva v. Birleşik Krallık* kararının incelenmek üzere seçildiğine de kısaca değinmekte yarar vardır.

Bilindiği üzere AIHM, her yılın sonunda o yıl gerçekleştirdiği faaliyetlere ilişkin bir yıllık rapor yayımlamaktadır. Bu raporda o yıl verilmiş olan en önemli kararlar da belirtilmekte ve kararların önemi açıklanmaktadır. *Armani Da Silva v. Birleşik Krallık* kararı, 2016 raporunda 2. maddeye ilişkin kararlar arasında yer almış ve hatta raporda kendisine en geniş yer ayrılan karar olmuştur². Karar her ne kadar 2. maddenin usuli yönünden (etkili soruşturma yükümlülüğü) açılmış olsa dahi, 2. maddenin esasını da ilgilendiren yönleri (meşru savunmaya ilişkin yasal düzenlemeler, kolluk güçlerinin silah kullanma yetkisi) de bulunduğu için ceza hukukuna pek çok farklı noktadan temas eden, nitelikli bir karardır. Özetle kararın önemi ve ceza hukukunun farklı alanları ile yakın ilişkisi, bu kararın seçilmesindeki tercih nedenleridir.

Çalışma tipik bir karar incelemesi biçiminde kaleme alınacak; olayların anlatımı, taraf beyanları, mahkemenin değerlendirmeleri ve karşı oy yazılarına yer verilecektir. Karar, yüz sayfayı aşkın çok uzun bir metinden meydana geldiği için incelemede kararın önemli bir bölümüne yer verilmeyecek, seçilmiş özet paragrafların arasına konunun iyi anlaşılmasını sağlayacak açıklayıcı notlar düşülecektir. Olay, çok uzun olmasının yanında farklı ceza ve disiplin muhakemesi süreçlerini içerdiği için, kolay anlaşılabilmesi adına bölümlere ayrılarak incelenmiştir.

Karar bütün yönleriyle sunulduktan sonra hem kararın kendisine hem de önemine dair bir değerlendirme yapılarak çalışma sonlandırılacaktır.

¹ *Armani Da Silva v. Birleşik Krallık*, 30.03.2016 tarih ve 5878/08 sayılı AIHM Büyük Daire kararı.

² *ECHR Annual Report 2016*, s. 40 vd., http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2016_ENG.pdf, E.T: 23.04.2022.

Çalışmanın pratik değerinin yüksek olması adına, meselenin doğrudan Birleşik Krallık mevzuat ve uygulaması ile ilişkili kısımlarından sakınılacaktır. Söz gelimi, kararda etkin soruşturmanın bağımsızlık niteliği tartışılırken, Birleşik Krallık hukukunda savcılığın yapısı ve hareket tarzı da ele alınmaktadır. Türk ceza muhakemesi sistematüğinden oldukça farklı özellikler gösteren ve hususi bir önemi de bulunmayan bu konunun ele alınmasının çalışmaya değer kazandırmayacağı kanısındayız. Bunun yerine, kararda tartışılan genel nitelikli ve Türk hukuku bakımından da önem arz edebilecek hususlar üzerinde yoğunlaşılacaktır.

I. Olay

A. Menezes'in Ölümü

7 Temmuz 2005 tarihinde, dört intihar bombacısı, üzerlerine yerleştirdikleri patlayıcıları Londra ulaşım ağında patlatmışlardır. İntihar bombacılarından üçü yer altı treninde, biri ise otobüste bu eylemleri gerçekleştirmiştir. Saldırıda aralarında söz konusu bombacıların da yer aldığı elli altı kişi hayatını kaybetmiş, çok sayıda kişi de yaralanmıştır.

Büyükşehir Polis Teşkilatı (MPS), patlama olaylarına karışan veya bu olaylarla ilgisi olan kişilerin kimliklerinin tespit edilmesi amacıyla büyük çaplı bir soruşturma başlatmıştır. Teröristlerin birkaç gün içerisinde bir saldırı daha yapmayı planladıkları yönünde istihbarat alınmış ve Birleşik Krallık genelinde uluslararası terör tehdit seviyesi 3. seviyeden 1. seviyeye çıkarılmıştır.

22 Temmuz 2005 tarihinde, saat 4.20'de, polis amiri McDowall'a 21 Temmuz'da gerçekleştirilmesi planlanan ancak başarılı olunamayan bombalı eylemlerde Hussain Osman'ın şüpheli olarak tespit edildiği ve hem Osman'ın hem de başka bir şüphelinin Londra'da 21 Scotia Road adresinde bulunan bir apartman dairesinde yaşadıklarının düşünüldüğü yönünde istihbarat alındığı bilgisi ulaştırılmıştır.

Hussain Osman'ın yakalanması amacıyla yürütülen THESEUS 2 operasyonu sırasında, başvuruçunun kuzeni olan Jean Charles de Menezes, Osman zannedilerek evinden çıktığı andan itibaren bir süre takip edilmiş; ancak, bazı operasyonel sorunlar nedeniyle metro istasyonuna girene kadar yakalanması mümkün olmamıştır.

Menezes metro istasyonuna girdikten sonra iki kolluk tarafından takip edilmiştir. Menezes, hareketsiz haldeki bir trenin üçüncü vagonuna girerek oturmuş, izleme görevlilerinden biri kolluk görevlilerine Menezes'in orada

olduğunu yüksek sesle söylemiş, **Menezes elleri aşağıda ayağı kalkmış ve iki polis memuru tarafından koltuğuna geri ittirilerek oturtulmuştur. Tanıklardan biri, ifadesinde, Menezes'in kolunu pantolonunun sol kemer kısmına doğru götürmüş olabileceğini beyan etmiştir.** İki kolluk görevlisi (Charlie 2 ve Charlie 12) Menezes'e birkaç kez ateş ederek onu öldürmüşlerdir.

B. Menezes'in Ölümünden Sonra Gerçekleştirilen IPCC Soruşturması ve 1. Stockwell Raporu

Bağımsız Polis Şikâyetler Komisyonu (IPCC), 27 Temmuz 2005 tarihinde Menezes'in ölümüyle ilgili olarak idari soruşturma başlatmıştır. IPCC, konunun ciddiyeti ve söz konusu olan kamu menfaati nedeniyle, soruşturmanın kendi bünyesinde görev alan personel tarafından yürütülmesine karar vermiştir.

Soruşturma sırasında, polis memurları, adli tıp uzmanları ve sivil kişiler olmak üzere yaklaşık 890 tanığın ifadesi alınmış ve 800'den fazla belge toplanmıştır. Menezes'in ailesine, yasal temsilcileriyle birlikte, soruşturmanın seyri ve sonuçları hakkında düzenli olarak ayrıntılı sözlü bilgilendirmelerde bulunulmuştur.

Birinci IPCC Stockwell Raporu, 19 Ocak 2006 tarihinde tamamlanmış ve Kraliyet Savcılık Teşkilatı'na (CPS) gönderilmiştir. 6 ve 22 Mart 2006 tarihlerinde, Menezes'in yasal temsilcilerine, IPCC tarafından yürütülen soruşturma ve hazırlanan rapor hakkında kısa bilgi verilmiştir.

IPCC, hazırladığı raporda şu tespitlere yer vermektedir:

Charlie 2 ve 12, açıkça meşru müdafaada bulduklarına ve kanuna göre bu şekilde güç kullanma haklarının bulunduğu inandıklarını belirtmişlerdir. *“CPS, MENEZES'in vurulmasıyla ilgili olarak sunulan gerekçeler bağlamında ve o an yapılan açıklamaların 36 saat sonrasında verilen ifadelerle uyumlu olmadığı hususunu dikkate alarak, Charlie 2 ve Charlie 12'nin eylemlerinin kasten öldürme anlamına gelip gelmediğini değerlendirmeyi isteyebilir. CPS ayrıca, söz konusu görevlilerin, bir intihar bombacısıyla karşı karşıya oldukları sonucuna varmakla ağır bir kusur işleyip işlemediklerini de değerlendirmeyi isteyebilir.*

CPS, operasyonun yönetim şeklinin, kaynakların uygun şekilde yerleştirilememesinin ve başka taktik seçenekler sunulmamasının ağır kusur sayılıp sayılmayacağını değerlendirmeyi isteyebilir.”

C. CPS'in Yaptığı Soruşturma ve Kararı

Kraliyet Savcılık Teşkilatı (CPS), Birinci IPCC Stockwell Raporu'na vakıf olduktan sonra, herhangi bir görevli hakkında, kasten veya taksirle öldürme, görevi kötüye kullanma, sahtecilik veya adaleti yanıltmaya teşebbüs etme suçlarından dolayı kovuşturma başlatıp başlatmama konusunda değerlendirmede bulunmuştur. CPS, aynı zamanda, 1974 tarihli İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda yer alan suçlardan dolayı Büyükşehir Polis Teşkilatı Emniyet Müdürlüğü (OCPM) veya herhangi bir kişi hakkında kovuşturma başlatılıp başlatılmayacağı hususunu da değerlendirmiştir. CPS, kovuşturmayaya yer olup olmadığı konusunda karar verirken, ilk olarak delil eşiği kıstasını uygulamış, yani gerçek anlamda bir mahkûmiyet ihtimalinin bulunup bulunmadığını dikkate almıştır.

CPS, Menezes'in 1974 tarihli Kanun'un 3 ve 33. maddelerine aykırı şekilde sağlık, güvenlik ve sıhhatinin korunamadığı gerekçesiyle, **OCPM hakkında kovuşturma yapılmasına karar vermiştir.** Gerçek kişilerin sorumluluğunun belirlenmesine yönelik olarak ise, öncelikle OCPM hakkında yapılacak kovuşturmanın sonucunun beklenmesine karar verilmiştir.

Ç. OCPM Hakkında Yürütülen Kovuşturma

1 Ekim 2007 tarihinde OCPM hakkındaki ceza davası görülmeye başlanmıştır. Dava sürecinde, aralarında polis amirleri McDowall ve Dick'in de yer aldığı toplam kırk yedi tanık ifade vermek üzere çağırılmıştır. İddia makamı, operasyondaki on dokuz sorunlu hususa işaret ederek Menezes'in ölümü dolayısıyla OCPM'in cezalandırılmasını talep etmiştir.

Jüri, 1 Kasım 2007 tarihinde kararını vermiş ve OCPM'yi 1974 tarihli Kanun'un 3 ve 33. maddelerini ihlalden dolayı mahkum etmiştir. OCPM'ye **175.000 İngiliz sterlini** para cezası verilmiş ve masraflar için **385.000 İngiliz sterlini** ödemesine hükmedilmiştir.

D. Adli Soruşturma

OCPM hakkındaki dava süreci sonuçlanana kadar ertelenen adli soruşturma, 22 Ekim 2008 tarihinde başlatılmıştır. Soruşturma sırasında, aralarında polis amiri McDowall, polis amiri Dick, Trojan 80, Trojan 84, Charlie 2 ve Charlie 12'nin de yer aldığı 71 tanık çağırılmıştır. Menezes'in ailesi, duruşma sırasında, tüm masraflar Devlete ait olmak üzere temsil edilmiş ve tanıkları çapraz sorgulamaya tabi tutma ve beyanlarını sunma imkânı bulabilmiştir.

Adli tıp uzmanı, 24 Kasım 2008 tarihinde, şayet varsa, hangi kararların jürinin değerlendirmesine bırakılması gerektiğine dair yazılı kararını açıklamıştır. Adli tıp uzmanı aşağıdaki tespitlerde bulunmuştur:

Görevlilerin, Menezes'e onu öldürmek niyetiyle ateş ettikleri şüphesizdir. Bu nedenle, kendilerini veya başkalarını korumak amacıyla kanuna uygun şekilde hareket ettikleri yönündeki iddialarının aksinin kanıtlanması halinde, kasten öldürme suçunu işlemiş olacaklardır.

Görevli, kendisini ve/veya başkalarını korumak amacıyla güç kullanımına başvurması gerektiğine gerçekten ve samimiyetle inanıyor muydu? Bu soru, öznel bir düşünceyle alakalı bir sorudur. Bu düşüncede yanılıya düşülmüş olsa veya yanılığa mantığa uygun olmasa dahi, savunma halen geçerli olabilir. Bu düşüncenin mantığa uygun olup olmadığı hususu, ancak jüriye böyle bir düşüncede samimiyetin bulunup bulunmadığı konusunda karar vermede yardımcı olunması bağlamında dikkate alınabilir.

Eğer görevli o şekilde düşündüyse, olay anında içinde bulunulduğuna inandığı koşullarda makul ölçüde gerekli olandan daha fazla güç kullanmış mıdır? Bu, objektif bir kıstas olup, gerçeğe uygun olarak uygulanmaktadır. Mahkemeler, kişinin bir tehditle karşı karşıya kaldığı hallerde, kullandığı gücün derecesi hakkında kesin bir hüküm vermeyecektir. Tehdit altındaki kişiden saldırının gelmesini pasif bir şekilde beklemesinin istenmemesi de bu amaçla önem arz etmektedir. Önleyici bir vuruş, içinde bulunulan koşullarda haklı görülebilir.

Şayet görevliler Menezes'in kendileri ve etraflındakiler açısından ölümcül bir tehlike arz ettiğine samimiyetle inandıysalar, makul ölçüde gerekli olandan daha fazla güç kullandıkları söylenemez. Görevlilerden birinin pek çok kez ateş etmiş olması sebebiyle aşırı güç kullandığı şeklinde bir beyan ileri sürülmüştür. Kanaatimce, bu beyanın herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Olaylar saniyeler içinde gerçekleşmiştir ve kafa bölgesine isabet eden atışlardan bazılarının makul güç kullanımı anlamına geldiği, bazılarının ise gelmediği şeklinde bir beyanda bulunmak uygun olamaz. Her halükarda, görevliler, tehdit etkisiz hale getirilene kadar ateş etmek üzere eğitilmişlerdir.

Adli tıp uzmanı, bu nedenle, Charlie 2 ve Charlie 12'nin eylemleriyle ilgili olarak kasten öldürmenin söz konusu olduğu yönünde karar verme seçeneğini jürinin değerlendirmesine bırakmayı reddetmiştir.

Adli tıp uzmanı, üst düzey görevlilerin, ağır ihmal sonucu ölüme sebebiyet vermek suretiyle taksirle öldürme suçunu işledikleri yönünde güvenli bir

tespitte bulunulup bulunulmayacağını değerlendirmiştir. Bu suçun, belirli bir görevli aleyhine kanıtlanması gerektiği tüm taraflarca kabul edilmiştir. Bazı kişilerin başarısızlıkları genele mal edilemez. Suçun işlendiğini tespit etmek için bazı unsurların kanıtlanması gerekir: sanığın mağdura karşı özen yükümlülüğünün bulunması, sanığın bu yükümlülüğü ihlal etmiş olması, ihlalin ölüme yol açmış olması (yani, ölüme asgari olarak katkı sağlamaktan daha fazlası) ve ihlalin “ağır” nitelik taşıması.

Yürütülen adli soruşturma sonucunda “Herhangi bir polis memuru hakkında gerçek anlamda mahkûmiyet kararı verilme ihtimalinin bulunduğunu gösterecek yeterli delilin mevcut olmaması” **nedeniyle ölüm olayıyla ilgili olarak herhangi bir gerçek kişi hakkında kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar verilmiştir.** Yani, jürinin mahkûmiyet kararı vermemesi ihtimalinin daha ağır bastığı ifade edilmiştir.

Soruşturmanın ardından, CPS ve Menezes ailesi arasında ek toplantılar ve yazışmalar yapılmıştır. Aile, 26 Mart 2009 tarihinde, Başsavcıdan kovuşturmaya yer olmadığına dair kararı soruşturmada ortaya çıkan yeni deliller ışığında incelenmesini talep etmiş; ancak, yapılan inceleme sonucunda bu talep de reddedilmiştir.

E. IPCC'nin Disiplin Soruşturması Kararı

2 Ekim 2009 tarihli bir yazıyla, IPCC Başkanı, herhangi bir çalışana karşı disiplin suçlamaları yöneltilmesini gerekçelendirecek herhangi yeni bir delilin soruşturma sırasında ortaya çıkmamış olması nedeniyle, ailenin disiplin yargılamaları başlatmamaya ilişkin kararın incelenmesi talebini reddetmiştir.

F. Tazminat Davası

Menezes'in ailesi tarafından Emniyet Müdürü'ne karşı tazminat davası açılmıştır. Söz konusu dava, 16 Kasım 2009 tarihli hafta içinde arabuluculuk yöntemiyle çözülmüştür. Söz konusu çözüm, gizli tutulmuştur.

G. Olay Özeti

Menezes'in öldürülmesinden sonra üç farklı muhakeme süreci yürütülmüştür.

CPS tarafından yürütülen ceza muhakemesi süreci, olaya katılan kişiler (Menezes'i öldüren polis memurları, operasyonu yöneten amirler vb.) bakımından **kovuşturmaya yer olmadığı kararı** ile sona ermiştir. OCPM bakımından ise ceza davası açılmış ve **para cezasına** hükmedilmiştir.

Polis memurları ve amirleri bakımından IPCC, yeterli delil bulunmadığı gerekçesiyle, **disiplin soruşturması başlatmamaya** karar vermiş, ailenin itirazını da reddetmiştir.

Menezes'in ailesi tazminat davası açmış, dava arabuluculuk yöntemiyle çözülmüştür. Menezes'in ailesi miktarı açıklanmayan bir tazminat almıştır.

II. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kararı

A. Sözleşmenin 2. Maddesinin İhlal Edildiği İddiası Hakkında

1. Başvurucunun İddiaları

Başvurucu, kuzeninin Devlet yetkilileri tarafından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinin esasını ihlal eden koşullar altında öldürüldüğü konusunda şikayetçi olmamış; kuzeninin vurulmasının kanuna aykırı olduğunu veya THESEUS 2 Operasyonunun planlanmasının ve yürütülmesinin 2. maddeye aykırı olduğunu iddia etmemiştir. Başvurucunun şikayetleri, Sözleşme'nin 2. maddesinin yalnızca usul yönünün kapsamına girmekte ve yalnızca Jean Charles De Menezes'in vurularak öldürülmesinin ardından **hiçbir polis memuru hakkında kovuşturma yapılmamasına ilişkindir.**

Başvurucu, soruşturma makamlarının Sözleşme'nin gerektirdiğinden daha düşük standartlar uygulamaları nedeniyle, Charlie 2 ve Charlie 12 tarafından kullanılan gücün Sözleşme'nin 2. maddesinin anlamı çerçevesinde gerekçelendirilip gerekçelendirilmediğini değerlendirmediklerini ileri sürmüştür. Diğer bir deyişle, yerel makamlar, Devlet yetkililerinin davranışlarını dikkatli bir şekilde incelemeye tabi tutmamışlar ve bu nedenle Devletin yürüttüğü soruşturmanın Sözleşme'nin 2. maddesine aykırı olarak kovuşturma yoluyla hesap verilebilirliğinin güvence altına alınmamasına yol açmışlardır.

Başvurucu, devletlerin kovuşturmaların ilerlemesine izin vermek için delil eşiği kıstası uygulamak zorunda olduklarını kabul etmiş, ancak **İngiltere ve Galler'de uygulanan eşiğin çok yüksek olduğunu ileri sürmüştür.** "Mahkûmiyete dair gerçekçi bir olasılık"ın özellikle Anglo-Sakson hukukunu benimseyen diğer bazı devletlerde, kullanıldığını kabul etmiş; ancak, İngiltere ve Galler'de bu kıstasın bir kovuşturmanın gerçekleşme ihtimalinin gerçekleşmeme ihtimalinden yüksek olması gerektiği, diğer bir deyişle, **mahkûmiyet olasılığının yüzde ellinin üzerinde olması gerektiği şeklinde yorumlandığını** ileri sürmüştür. Halbuki başvurucunun iddiasına göre, devlet memurlarınca gerçekleştirilen ciddi Sözleşme ihlalleri hakkında kovuşturma

yürütülmesi için diğer suçlara oranla daha düşük bir eşiğe sahip olmasına izin verilmelidir.

2. Hükümetin İbrazları

Hükümet, İngiltere ve Galler’de meşru savunma hükümlerinin yapısının kamuya ölümcül saldırılar yapılmasının önlenmesi için güç kullanımına izin verme ve herhangi bir operasyon önlemi nedeniyle gerçek ve yakın bir yaşam tehlikesine maruz kalabilecek kişilerin korunmasının sağlanması arasında uygun bir dengenin kurulduğunu ileri sürmüştür. Bu şekilde, Hükümet, kendilerini sıcağı sıcağına hareket etmesi beklenen polis memurunun yerine koymanın mahkemelerin görevi olmadığını kabul etmektedir.

Özellikle, Hükümet, Sözleşme’nin 2. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “mutlak gereklilik” kistasının nesnel bir şekilde tespit edilen olaylara atıfta bulunarak makullük gerekliliği olmaksızın meşru savunma için öldürücü güç kullanan kişinin bakış açısından değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür; diğer bir deyişle, **bir kişi ancak davranışının mutlak surette gerekli olmadığı farkında olduğunda ölüme neden olmaktan cezai olarak sorumlu tutulmalıdır.** Bu durum, Mahkeme içtihadınca desteklenmiştir. Söz konusu içtihadta, güç kullanımının sağlam gerekçelerle o sırada geçerli olan dürüst bir kanaate bağlı olduğunda gerekçelendirilebileceği belirtilmiştir. Dürüst kanaatin, nesnel bir şekilde tespit edilen olaylara atıfta bulunularak makul olduğunun gösterilmesi gerekmemektedir. Ancak, söz konusu kanaatin nesnel bir şekilde makul olup olmaması, samimiliğini belirlemede önemlidir. Dürüst bir kanaat, nesnel bir şekilde başka bir kişi söz konusu kanaatin mantıksız veya hatalı bir algıya dayandığını düşünse bile sağlam nedenlere sahip olabilir.

Hiçbir memur hakkında kovuşturma yapılmamış olması başlı başına 2. maddenin ihlali olamaz, önemli olan neden kovuşturma yapılmadığıdır. Mevcut davada, bunun nedeni, davayı inceleyen bağımsız yetkililerin hiçbirinin kasten veya taksirle öldürme suçları nedeniyle kovuşturma yapılmasını gerekçelendirecek ölçüde yeterli delil olduğu sonucuna varmamalarıdır.

Hükümet, ayrıca, delil eşiği kistasının savcıların mahkumiyet kararı olasılığının yüzde elli veya daha yüksek olduğu konusunda tatmin olmalarını gerektirmediğini ileri sürmüştür. 1994 yılında savcılara ilişkin olarak çıkartılan Açıklayıcı Memorandum’da, mahkumiyetin gerçekleşme ihtimalinin gerçekleşmeme ihtimalinden daha yüksek olduğuna ilişkin görüşün mantıklı olmasına rağmen, delillere ilişkin kistasın “% 51 kuralı”

olarak tanımlanmaması gerektiği belirtilmiştir. Kesin bir hesabın yapılmasını engelleyen birçok değişken karışıklık ve belirsizlik unsuru bulunduğundan dolayı bir ceza davasında çıkacak belirli bir sonuca ilişkin olasılığı aritmetik bir kesinlikle ölçmek imkansızdır.

Doğru kıstas, her bir suçlamaya ilişkin olarak her bir şüpheli hakkında mahkûmiyete hükmedilmesinin gerçekçi bir olasılığı olup olmadığıdır; diğer bir deyişle, gereğince yönlendirilmiş ve kanuna uygun bir şekilde hareket eden makul ve bağımsız bir mahkemenin bir sanığı atılı suçlardan mahkûm etme ihtimalinin etmeme ihtimalinden fazla olup olmadığıdır. Bu nedenle “esasa dayalı” bir yaklaşım uygulanmıştır; savcı ilk olarak dosya hakkında bilgilerini göz önüne alarak, delillerin mahkûmiyet kararı verilmesi için yeterli olup olmadığını sorgular. Mahkûmiyet kararı için yeterli kanıt olmadığına kanaat getirdiğinde, kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verir.

3. Mahkemenin Değerlendirmesi

2.1.1.1. Etkin Soruşturma Yükümlülüğü Bakımından

Temel mahiyeti dikkate alındığında, Sözleşme'nin 2. maddesi yukarıda tanımlandığı gibi esas yönünden ihlal yapıldığı iddiasına ilişkin etkili bir soruşturma gerçekleştirmek için usuli bir yükümlülüğü kapsamaktadır.

Devlet görevlilerinin bireyleri keyfi bir şekilde öldürmemelerine ilişkin genel yasak, devlet görevlilerince ölüm sonucunu doğuracak surette güç kullanımının kanuna uygunluğunu incelemek için herhangi bir usul bulunmadığında, anlamını yitirmektedir. Bu hüküm uyarınca yaşam hakkının korunması yükümlülüğü, Sözleşme'nin 1. maddesi uyarınca devletin genel görevi olan “kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlamak” hükmüyle birlikte okunduğunda, kişiler, diğerleri arasında, devlet görevlileri tarafından güç kullanılarak öldürüldüklerinde etkili resmi bir soruşturma yapılmasını gerektirmektedir. Bu nedenle, Devlet, elindeki bütün imkanları kullanarak, yaşam hakkının korunması için kurulan yasal veya idari çerçevenin gereğince uygulanması ve söz konusu hakkın ihlalinin ortadan kaldırılması ve cezalandırılması için, adli veya başka bir yolla, yeterli bir müdahale yapılmasını sağlamalıdır.

Devlet'in etkili bir soruşturma gerçekleştirme yükümlülüğü, Mahkeme içtihadında, yaşam hakkının “kanunla korunmasını” gerektiren 2. maddeden doğan bir yükümlülük olarak kabul edilmektedir. Söz konusu yükümlülüğe

uygun davranılmaması halinde 13. madde uyarınca güvence altına alınan hak ihlali meydana gelebilir, ancak 2. maddenin usuli yükümlülüğü ayrı bir yükümlülük olarak görülmektedir.

Mahkeme, içtihatlarında, Devlet görevlilerinin ölümcül güç kullanmalarına dair bir soruşturmanın “etkin” olduğunun değerlendirilmesi için birtakım gereklilikleri karşılaması gerektiğini kaydetmiştir. Özetle, soruşturmanın yürütülmesinden sorumlu kişilerin olaylara karışmış olabilecek kişilerden bağımsız olmaları; soruşturmanın “yeterli” nitelikte olması; soruşturmanın neticelerinin ilgili tüm unsurların kapsamlı, yansız ve tarafsız analizine dayandırılmış olması; soruşturmanın mağdurun ailesi için yeterli ölçüde erişilebilir ve kamu denetimine açık olması ve soruşturmanın ivedi ve makul bir hızla yürütülmesi gerekmektedir.

Somut olayda, başvurunun şikâyetleri genel olarak, bağımsız bir organ (IPCC) tarafından yürütülen soruşturma ile ilgili değildir. Mahkeme önüne getirilmiş olan yegâne mesele, ilgili polis memurları hakkında kovuşturma yürütülmemesi ve yalnızca OCPM’nin söz konusu polis memurlarının işvereni sıfatıyla kovuşturulması kararının kendi başına, Sözleşme’nin 2. maddesinin usul yönünden ihlalini teşkil edip edemeyeceği konusudur. **Mahkeme, başvurunun CPS’nin rolü ve teşkilat yapısına ilişkin şikâyetlerinin, makamların Menezes’in ölümünden sorumlu kişilerin hesap verme sorumluluklarını yerine getirmelerini yeterli bir şekilde sağlamasına engel olan herhangi bir “kurumsal eksiklik” olduğunu göstermediği kanaatinde.**

2.1.1.2. Meşru Savunma Değerlendirmesi Bakımından

Mahkeme’nin ölümcül güç kullanımının haklı gerekçelerinin söz konusu olup olmadığını tespit ederken sürekli olarak uyguladığı kıstas, yukarıda anılan *McCann ve Diğerleri* kararının 200. paragrafında belirtilmiştir. İlgili paragraf aşağıdaki gibidir:

“Sözleşme’nin 2. maddesinin 2. fıkrası ile ortaya konan amaçlardan birini gözeterek Devlet görevlileri tarafından güç kullanılması, birtakım iyi nedenlerle, o zaman için geçerli olduğuna inanılmış olan, fakat daha sonra yanılmış olduğu ortaya çıkan samimi bir düşünceye dayandırılmış olması halinde, bu madde hükmü kapsamında savunulabilir. Aksi şekilde karar vermek, görevlerini ifa ederken Devletin ve kolluk görevlilerinin üzerinde gerçekçi olmayan bir yük oluşturur ve belki de, kendi hayatlarının veya başkalarının hayatlarının tehlikeye girmesine neden olur.”

Gerek tarafların ibraz etmiş oldukları görüşlerden gerekse mevcut davadaki yerel mahkeme kararlarından açık bir biçimde anlaşıldığı üzere, İngiltere ve Galler’de meşru müdafaya ilişkin kıstasın odağında, güç kullanımının gerekli olduğu yönünde dürüst ve samimi bir düşüncenin söz konusu olup olmadığı meselesi yer almaktadır. Bahse konu düşüncenin öznel makullüğü (veya bu düşüncenin benimsenmesi için öznel iyi nedenlerin varlığı) esasen bu düşüncenin aslında samimi ve dürüst bir şekilde benimsenmiş olup olmadığı sorusu ile alakalıdır.

Bu soru yanıtlandıktan sonra, yerel makamların kullanılan gücün “mutlak biçimde zorunlu” olup olmadığı sorusunu sormaları gerekmektedir. Bu soru esasında orantılılık ile ilgili bir soru olup, yetkililerin ilgili kişinin dürüst ve samimi bir şekilde benimsediği düşüncenin ne olduğunu dikkate alarak, makullük meselesini, yani kullanılan gücün derecesinin makul olup olmadığını tekrar ele almalarını gerektirmektedir.

Bu şekilde değerlendirildiğinde, İngiltere ve Galler’de uygulanan kıstasın Mahkeme’nin *McCann ve Diğerleri* kararında ve *McCann ve Diğerleri* kararı sonrasındaki içtihatlarında uyguladığı standarttan önemli ölçüde farklılık gösterdiği kanısına varılamaz. Dolayısıyla İngiltere ve Galler’deki meşru müdafaa tanımının Sözleşme’nin 2. maddesinin gerektirdiği standardı karşılamadığı söylenemez.

2.1.1.3. Delil Eşiği Kıstası Bakımından

Hükümetin açıklamış olduğu üzere, İngiltere ve Galler’deki savcılar bir suça ilişkin yargılama işlemlerinin başlatılmasının gerekip gerekmediğine karar verirken iki aşamalı bir kıstas uygulamak zorundadırlar: ilk olarak, her bir sanık hakkındaki her bir suçlamaya ilişkin “mahkûmiyete yönelik gerçekçi bir olasılık” sunacak yeterlilikte delilin mevcut olup olmadığı sorusunu sormalı (delil eşiği kıstası) ve ikinci olarak, kamu yararı için bir kovuşturma yürütülmesinin gerekli olup olmadığına karar vermelidirler.

Devletlerin başarılı bir sonuç elde etme olasılığının zayıf olduğu durumlarda gerçekleştirilen bir yargılamanın maddi ve manevi masraflarının önüne geçilmesi amacıyla bir delil eşiği kıstası uygulamalarına izin verilmesi gerektiği konusunda herhangi bir anlaşmazlık bulunmamaktadır³.

³ “Bir kovuşturma, özellikle de yasadışı toplu katliamlara iştirak etmek gibi ciddi bir suçla ilgili kovuşturma, ceza adalet sisteminin ağırlığı altına giren bir sanığı oldukça fazla etkileyecek olması ve söz konusu kişinin, toplum tarafından kınanacak ve itibarının, özel, aile ve meslek yaşamının bunun sonucunda ortaya çıkacak tepkilerden etkilenecek olması se-

İngiltere ve Galler’de benimsenen eşik belirli başka ülkelerde uygulananlardan daha yüksek olabilmekle beraber, bu durum, orada faaliyet gösteren jüri sisteminin bir sonucudur. Bir kovuşturma açıldıktan sonra, yargıcın, deliller “müphem nitelikte” olsa dahi, uygun bir şekilde yönlendirilmiş bir jürinin dayanak olarak mahkûmiyet kararı verebileceği “birtakım delillerin” mevcut olması halinde davayı jüriye bırakması gerekmektedir. Zayıf ve mesnetsiz davalar davaya bakan yargıç tarafından tespit edilip ayrılmayacağı için, kovuşturmanın açılmasına yönelik delil eşığı kıstasının daha sert nitelikli bir kıstas olması gerekebilir.

Bu koşullar altında, İngiltere ve Galler’deki delil eşığı kıstasının, Devletlere tanınmış olan takdir yetkisinin sınırlarını aşacak ölçüde yüksek olduğu söylenemez. Mahkeme’ye göre, bu kıstasın daha sonra yerel mahkemeler ve makamlarca bir mahkûmiyet kararı verilmesinin verilmemesinden daha olası olması gerektiği anlamına gelecek şekilde yorumlanmış olması, söz konusu kıstası devletlere tanınan takdir yetkisinin sınırları dışına çıkarmak için yeterli değildir. Her halükarda, İngiltere ve Galler’de benimsenmiş olan kıstasın, mahkûmiyet olasılığına odaklanan bir eşığın de uygulanmakta olduğu dört üye devletteki başvuru kıstaslarından daha yüksek olduğunu kesin bir şekilde söylemek mümkün değildir.

Mahkeme söz konusu davada, Sözleşme’nin 2. maddesini ilgilendiren bir suçun bilhassa “ciddi” nitelikte olmasının, şahıslar hakkında delillerin niteliğine bakılmaksızın kovuşturma yürütülmesi için yeterli bir gerekçe teşkil etmediğini açık bir biçimde ifade etmiştir. Aksine, Mahkeme, böylesi ciddi suçlamalara ilişkin olarak yürütülen bir kovuşturmanın sonuçları her sanık için oldukça ağır olacağı için, bu hususlar düşünülmezsizin bir kovuşturmaya başlanmaması gerektiği kanaatine varmıştır.

2.1.1.4. Sonuç

Yargılamalar bir bütün olarak göz önünde bulundurulduğunda, ulusal makamların Menezes’in vurulması olayına ilişkin etkin ve olayların gerçekleştiği koşulların belirlenmesini, kullanılan gücün söz konusu koşullar altında haklı gerekçelerinin bulunup bulunmadığının tespit edilmesini ve

bebiyle asla hafife alınmalıdır. Sözleşme’nin 6 § 2 maddesinde yer verilmiş olan masumiyet karinesi göz önünde bulundurulduğunda, belirli bir kişi hakkındaki şüphelerin kuvvetinin uygulanacak delil standardını konu dışı bırakacak ölçüde olduğu gibi bir düşünce asla kabul edilemez. Söylentiler ve dedikodular, bir kişinin hayatını mahvedebilecek adımların atılması konusunda esas alınabilecek tehlikeli dayanaklardır.” Gürtekin v. Türkiye, no. 60441/13, 68206/13 ve 68667/13, 11.03.2014 tarihli AİHM kararı.

sorumluların tespit edilerek gerekirse cezalandırılmalarını sağlayacak nitelikte bir soruşturma yürütülmesine yönelik Sözleşme'nin 2. maddesinde yer verilen usule ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmediikleri söylenemez.

Bu sonuç ışığında, Mahkeme'nin Devletin Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamındaki usuli yükümlülüklerini yerine getirmesinde özel kovuşturmaların ya da disiplin yargılamalarının rolünü dikkate alması gerekmemektedir.

Dolayısıyla, Mahkeme, somut davada, Sözleşme'nin 2. maddesinin usul bakımından **ihlal edilmemiş** olduğuna karar vermiştir.

B. Sözleşmenin 3. Maddesinin İhlal Edildiği İddiası Hakkında

Başvurucu, kuzenin ölüm olayına ilişkin olarak hiçbir kimse hakkında kovuşturma yürütülmesine yer olmadığına dair verilen kararın ayrıca Sözleşme'nin 3. maddesini de usul bakımından ihlal etmiş olduğundan şikâyet etmiştir.

Mahkeme, Menezes'in Sözleşme'nin 3. maddesinin anlamı dâhilinde kötü muameleye maruz bırakıldığını gösterecek hiçbir delil bulunmamasından ötürü, bu şikâyetin Sözleşme'nin 35 § 3 (a) maddesi bakımından açıkça dayanaktan yoksun olduğunu değerlendirmektedir.

C. Sözleşmenin 13. Maddesinin İhlal Edildiği İddiası Hakkında

Başvurucu ayrıca, Menezes'in ölüm olayına ilişkin yürütülen soruşturmanın hiçbir kimse hakkında dava açılmasını sağlayamamış olması nedeniyle, Sözleşme'nin 2 ve 3. maddeleri kapsamında ileri sürdüğü şikâyetlerle ilgili olarak başvurabileceği etkili bir hukuk yolunun bulunmadığından şikâyetçi olmuştur.

Mahkeme, başvuruçunun şikâyetinin özünde kuzenin ölümüne ilişkin olarak hiç kimse hakkında herhangi bir kovuşturma yürütülmemiş olmasının yer alması sebebiyle, söz konusu şikâyetin Sözleşme'nin 2. maddesinin usul yönü kapsamında değerlendirilmesinin daha uygun olduğu kanaatindedir.

Bu sebeple, Mahkeme ayrıca, bu şikâyetin Sözleşme'nin 35 § 3 (a) maddesinin anlamı dâhilinde açıkça dayanaktan yoksun olduğunu değerlendirmektedir.

D. Hüküm

Mahkeme yargılama sonucunda, yukarıda zikredilen gerekçelerle

1. Oy birliğiyle, Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamında dile getirilen şikâyetin kabul edilebilir olduğuna;

2. Oy çokluğuyla, başvurunun geri kalan kısmının kabul edilemez olduğuna;

3. Dörde karşı on üç oyla, Sözleşme'nin 2. maddesinin usul yönünden **ihlal edilmediğine karar vermiştir.**

III. Karşıoy Yazıları

A. Yargıçlar Karakaş, Wojtyczek ve Dedov'un Müşterek Muhalif Görüşü

Yargıçlardan *Işıl Karakaş, Krzysztof Wojtyczek ve Dmitry Dedov* 2. maddenin usul yönünden ihlal edildiği yönünde oy kullanmışlar ve ortak bir karşıoy yazısı yazmışlardır. Karşıoy yazısında özetle şu tespitlere yer verilmektedir:

Haklı gerekçeleri bulunan varsayımsal meşru savunma konusunda İngiliz yasaları gereğince uygulanan kıstas öznel bir kıstastır: “*Memur, kendisini ve/veya başkalarını savunmak için güç kullanılmasının gerekli olduğuna dürüst ve samimi bir şekilde inanmış mıdır?*” Bu nedenle, somut davada yürütülen soruşturma, ilgili polis memurlarının Menezes'in bir bombayı patlatmak üzere olduğuna dürüst ve samimi bir şekilde inanmış olup olmadıkları sorusuna bir yanıt bulmak durumunda kalmıştır. Ancak, mevcut davada soruşturulup yanıtlanmış olması gereken önemli soru, polis memurlarının bir bombanın patlatılmak üzere olduğu şeklindeki düşüncelerinin söz konusu şartlar altında haklı gerekçelerinin bulunup bulunmadığıdır.

Yürütülen soruşturmaya, olaya karışmış olan, operasyonu yönetenler de dâhil, her bir polis memurunun olaydaki hata payının haklı gerekçelerinin olup olmadığının tespit edilmiş olması gerekirdi. Dahası, bu düşüncenin makullüğünün polisin ölümcül güç kullanımına başvurulmasını gerektirebilecek operasyonlara hazırlık yaparken azami özen gösterme görevi bağlamında değerlendirilmiş olması gerekirdi. Söz konusu maddi hukukun içeriği sebebiyle, somut davanın koşulları altında, yürütülen soruşturma bu önemli sorular üzerine odaklanmamıştır. İngiliz yasaları genel olarak (öngördüğü bu kriterler nedeniyle) polis memurlarının meşru savunmanın şartlarında hataya düşerek ölümcül güç kullanımına başvurdukları davalarda soruşturmalar yetersiz kalacak ve sorumluların cezalandırılmasını her zaman sağlayamayacaktır.

Tüzel kişiler aleyhine açılan ceza davaları olayların tespit edilmesi açısından faydalı olabilir. Ancak, Sözleşme, ceza kanununun bireylerin cezalandırılmasını sağlamasını ve soruşturmanın bu tür bir cezalandırmanın yapılmasına olanak tanınmasını gerektirmektedir. Sözleşme uyarınca, tüzel kişilerin cezai sorumlulukları asla bireylerin cezai sorumluluklarının yerini alamaz. Somut davada, polis teşkilatının bu anlamdaki cezai sorumluluğu Sözleşme kriterlerini karşılamak için yetersiz kalmaktadır. Ayrıca, tüzel kişilik tarafından sebep olunan ağır ihmal her zaman, belirli kişilerin görevlerini kötüye kullanmalarından kaynaklanmaktadır. Somut davadaki ihmalden sorumlu kişiler hakkında İngiliz yasaları uyarınca kovuşturma yürütülememesini anlamak güçtür.

B. Yargıç López Guerra'nın Muhalif Görüşü

Yargıçlardan Lopez Guerra, 2. maddenin usul yönünden ihlal edildiği yönünde oy kullanmış ve bu yönde oy kullanan diğer üç yargıçtan bağımsız bir karşıoy yazısı yazmıştır. Karşıoy yazısında özetle şu tespitlere yer verilmektedir:

Büyük Daire kararına muhalif kalınmasının çıkış noktası ve sebebi, polisin Menezes'in öldürülmesiyle sonuçlanan operasyonunda, **Birleşik Krallık kurumlarının da kabul ettiği üzere, tüm bakımlardan çok ciddi kusurlar olduğunun belirlenmesine karşın herhangi bir ferdi sorumluluğun tespit edilmemiş olmasıdır.**

Menezes'in ölümüyle sonuçlanan operasyonda yer alan kişilerin tümü yalnızca herhangi bir disiplin cezası almamakla kalmamış, cezai kovuşturmadan da muaf tutulmuşlardır. CPS, Menezes'in ölümüyle alakalı olarak hiçbir gerçek kişi hakkında kovuşturma yapılmasına yer olmadığına dair karar vermiştir.

Bir kuruluşun (OCPM) cezai sorumluluğunun bulunduğu (bir mahkeme tarafından karara bağlandığı gibi) tespit edilmesinin ve bunun yerine, tüm disiplin işlemlerinin (IPCC ve CPS kararlarının bir sonucu olarak) devre dışı bırakılmasının ve bahse konu kuruluşun çalışanlarının cezai sorumluluklarına dair herhangi bir etkin soruşturma yapılmasının önüne geçilmesinin nasıl mümkün olduğunu anlamak güçtür.

Farklı seviyelerde çok sayıda kişinin ve eylemin söz konusu olduğu, insanların hayatlarına karşı dikkate değer ölçüde bir riskin ve ciddi eksikliklerin tespit edildiği bu koşullar altında, polis operasyonunun yalnızca belirli

yönlerine ilişkin olarak uygulanabilecek varsayımsal bir kıstasa dayanılmamış ve bu eksikliklere dair olası ferdi sorumluluklar hakkında eksiksiz bir soruşturmanın önüne geçilmemiş olması gerekirdi. Uygulamada, böyle bir soruşturmanın yapılmaması, kamu davasının ve çekişmeli yargılamaların sağladıkları uygun güvencelerin tümüyle birlikte, Jean Charles de Menezes'in ölümüyle sonuçlanan ciddi ve kabul edilen hatalardan sorumlu kişilere fiili bir dokunulmazlık sağlamıştır.

IV. Sonuç ve Değerlendirmeler

Armani Da Silva v. Birleşik Krallık kararı, mahkemenin 2. maddenin hem esas hem de usulüne yönelik değerlendirmeleri noktasında önemlidir. Mahkeme bu kararında birkaç farklı hususu ele almış, eski içtihadını geliştirme ya da açıklama yoluna gitmiştir. Bu konuların her biri, gerekli teorik açıklamaların da ilavesiyle ele alınacak ve tartışılacaktır.

A. Etkili Soruşturma Yükümlülüğü ve bu Yükümlülüğün İhlalinin Hukuki Mahiyeti

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesi ile teminat altına alınmış olan yaşama hakkı, taraf devletler bakımından hem negatif hem de pozitif yükümlülükler doğurmaktadır. Bireylerin yaşama hakkının kamu gücünü kullanan kişiler tarafından, 2. fıkrada belirtilen istisnalar dışında, ihlaline ilişkin yasak, taraf devletlerin negatif yükümlülüğünü oluşturmaktadır. Bir başka deyişle, bireylerin isteyerek ya da orantısız güç kullanımı sonucunda öldürülmesi halinde negatif yükümlülüğün ihlalden söz edilir. Söz gelimi, somut olayda Menezes'in öldürülmesine yönelik olan operasyon ve kolluk görevlilerinin Menezes'i vurarak öldürmeleri dava konusu edilmemiştir. **Eğer edilmiş olsa idi burada devletin negatif yükümlülüğünün ihlali bağlamında bir değerlendirme yapılması gerekcekti.**

Bununla birlikte taraf devletlerin, bireylerin yaşama haklarını korumaya yönelik sorumluluğu yalnızca bu hakkı bizatihi *ihlal etmemek* ile sınırlı değildir. Aynı zamanda bu hakkın *korunması* yükümlülüğü de taraf devletlere tahmil edilmiş durumdadır ki bu yükümlülük 2. madde bağlamında devletlerin pozitif yükümlülüğü olarak isimlendirilmektedir⁴.

⁴ AİHS'in pozitif yükümlülüklerin türetilmesi bağlamında yorumu ve bu yorum metodunun tarihesi hususunda daha detaylı bilgi için bkz. **Yüksel Metin**, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler", Uluslararası İlişkiler, 2010, 7(27), 111-132, s. 116 vd.

Devletin pozitif yükümlülüğünün de genel itibarıyla iki boyutu bulunmaktadır. Bunların ilki, bireylerin, diğer bireylerin işleyeceği hayata karşı suçlardan korunmasıdır. Bu bağlamda devletin yaşama hakkının korunmasına yönelik olarak alması gereken tedbirler ve bu bağlamda pozitif yükümlülüğünün sistematik olarak incelenmesi 1998 yılında *Osman v. Birleşik Krallık*⁵ kararı ile gerçekleştirilmiştir ve Mahkeme'nin bu davada gerçekleştirdiği ikili test, *Osman Testi* olarak anılmaktadır.

Mahkeme, *Osman v. Birleşik Krallık* davasında şu tespitleri yapmaktadır: Devletin 2. maddeye yönelik sorumluluğu, bu suçları önleyecek, bastırarak ve cezalandıracak etkili ceza hukuku düzenlemeleri ihdas etmenin (negatif yükümlülük) ötesine geçer. Aynı zamanda kamu otoritelerinin, ölüm riski altında olan bireyleri korumak ve bu riskin gerçeğe dönüşmesini engellemek bakımından pozitif bir yükümlülüğü bulunmaktadır.

Bu yükümlülüğün sınırları ise ikili bir test ile belirlenecektir: Birincisi, **yetkililer gerçek ve yakın bir riskin varlığını bilmelidir ya da bilmeleri gerekir**. İkincisi, **yetkililer, kendi yetki sınırları dahilinde, makul bir değerlendirmeye bu riski ortadan kaldırebilmelerini sağlayacak tedbirleri almamış olmalıdırlar**. Mahkeme bu iki kıstası ortaya koyarken, meselenin zorluğuna ilişkin bir şerh de düşmektedir: Modern toplumlarda politika üretmenin güçlüğü, insan davranışlarının öngörülemezliği, operasyonel tercihlerin bir kaynak ve öncelik sorunu olduğu hususları göz önünde tutularak, yetkililerin bu husustaki yükümlülüğünün yerine getirilmesinin *imkânsız* ya da *orantısız* hale de getirilmemesi gerekmektedir⁶.

Mahkeme, daha sonra bu içtihadı bir adım öteye taşıyarak bireylerin *kendi eylemlerine karşı korunmasını* da devletin pozitif yükümlülüğü olarak kabul etmeye başlamıştır. *Osman v. Birleşik Krallık* davasında ortaya konulan içtihat, ilk kez 2001 yılında *Keenan v. Birleşik Krallık*⁷ davasında bir intihar vakasına da uygulanmıştır. Ceza infaz kurumuna girmeden önce de kendine yüksek dozda insülin enjekte ettiği kayıtlara geçmiş olan, psikiyatrik rahatsızlıkları bulunan ve infaz kurumu personelini kendine zarar vermekle tehdit etmiş olan Mark Keenan'ın infaz kurumunda kendini öldürmesi üzerine görülen davada, Mahkeme, devletin 2. maddeden sorumluluğu bakımından yaptığı incelemede yine *Osman Testi*'ne başvurmuştur.

⁵ *Osman v. Birleşik Krallık*, 28.10.1998, no. 87/1997/871/1083.

⁶ *Osman v. Birleşik Krallık*, §115-116.

⁷ *Keenan v. Birleşik Krallık*, 03.04.2001, no. 27229/95.

Belirtmek gerekir ki bir kimsenin başkası tarafından öldürülmesinin önlenmesine yönelik tedbirler ile intihar etmesinin önlenmesine yönelik tedbirler arasında, kişinin otonomisinin ve karar verme hürriyetinin sınırlandırılması bakımından önemli bir farklılık ortaya çıkmaktadır. Nitekim *Keenan* davasında hükümetin ceza infaz kurumunda intiharın önlenmesine yönelik tedbirlerin 5 ve 8. maddelerin ihlali teşkil edebileceğine yönelik yaptığı savunma, Mahkeme tarafından da kısmen haklı görülmüştür⁸. Bu bağlamda, söz gelimi gerçek ve yakın bir intihar tehlikesinin bulunması, hükümlünün 24 saat kayışlara bağlı tutulmasını veya sürekli olarak kameralarla izlenmesini haklı çıkarmaz. Buna karşılık, Mahkeme'ye göre, kişinin saygınlığını ve karar verme hürriyetini zedelemeyecek genel nitelikte tedbirlerin alınması da mümkündür ve bu tedbirlerin alınmamış olması 2. maddenin ihlali teşkil eder.

Taraf devletlerin pozitif yükümlülüğünün, yaşama hakkının ihlalini önlemek dışındaki ikinci boyutu ise, eğer yaşama hakkı ihlal edilmiş ise bu vakanın *etkin bir şekilde soruşturulmasıdır*. Esasen AİHS'nin 2. ya da herhangi başka bir maddesinde etkin soruşturma yükümlülüğünden açıkça söz edilmemektedir. Hatta *İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi* bir yana bırakılırsa, hiçbir önemli insan hakları sözleşmesinde “soruşturma” ifadesine dahi yer verilmemektedir⁹. Etkin soruşturma yükümlülüğünün taraf devletler bakımından ortaya çıkışı ve aynı zamanda bu hukuki meselenin geniş ölçekte tartışılmaya başlanması, *McCann ve diğerleri v. Birleşik Krallık*¹⁰ kararı ile olmuştur¹¹. *McCann* kararı, aynı zamanda yaşama hakkı ihlallerinde taraf devletlerin etkin soruşturma yükümlülüğünün koşullarının da ortaya konulduğu karar olup¹², bu karar 2. maddenin yorumlanması bakımından bir dönüm noktası olmuş ve kararda ortaya koyulan kriterler Mahkeme'nin daha sonra ele aldığı çok sayıda başka davada da kullanılmıştır¹³. Nitekim, yukarıda ifade edildiği üzere, *Armani Da Silva v. Birleşik Krallık* davasında da *McCann*

⁸ **Osman v. Birleşik Krallık**, §92.

⁹ **Roee Ariav**, “National Investigations of Human Rights Between National and International Law”, *Goettingen Journal of International Law*, 2012, 4(3), 853-871.

¹⁰ **McCann ve diğerleri v. Birleşik Krallık**, 27.09.1995, no. 17/1994/464/545.

¹¹ **Ariav**, s. 857.

¹² **Juliet Chevalier-Watts**, “Effective Investigations Under Article 2 of the European Convention on Human Rights: Securing the Right to Life or an Onerous Burden on a State?”, *The European Journal of International Law*, 2010, 21(3), 701-721, s. 702.

¹³ **Chevalier-Watts**, s. 702-703.

kriterlerine başvurulmuştur.

Etkin soruşturma yükümlülüğü, yaşama hakkına ilişkin yasağın pratik sonuçlar doğurmasını mümkün kılan, bir başka deyişle onu hayata geçiren yükümlülüktür. Zira Mahkeme'nin inceleme konusu *Armani Da Silva v. Birleşik Krallık* kararında da ifade ettiği üzere, böyle etkin bir soruşturma mekanizması fiilen mevcut olmadığı müddetçe, yaşama hakkının ihlal edilmesine yönelik yasağın da bir anlamı yoktur.

Bu açıklamalar doğrultusunda Mahkeme, ölümle sonuçlanan olaylarda etkili soruşturma yapılmamasının yalnızca 13. maddenin değil, aynı zamanda 2. maddenin ihlali anlamına geldiği **yönünde bir içtihat geliştirmiştir**. Mahkeme'ye göre, taraf devletlerin bireylerin yaşama hakkını ihlal etmemek yönündeki negatif yükümlülükleri yanında, yaşama hakkının ihlal edildiği olaylarda failerin ortaya çıkarılması ve gerekiyorsa cezalandırılmaları için gerekli muhakemenin yapılması hususunda pozitif yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bu yükümlülüğe uyulmaması, 2. maddenin ihlali anlamına gelecektir. Bir başka deyişle bireyin yaşama hakkı ihlal edildiğinde 2. maddenin esaslı ihlal edilmiştir, yaşama hakkının ihlalden sonra etkili bir soruşturma yapılmaması ise 2. maddenin usulünün ihlal edildiği anlamına gelir¹⁴.

McCann kararında Mahkeme, yalnızca ölüm olayları ile sınırlı ve yalnızca kamu görevlilerinin neden olduğu ölümler dolayısıyla etkin soruşturma yükümlülüğünü kabul etmiştir. Etkin soruşturmayı bir yükümlülük olarak kabul etmekle birlikte, “etkin soruşturma”nın ne anlama geldiği konusunda bir belirleme de yapmamıştır¹⁵. Bununla birlikte, Mahkeme'nin sonradan ele aldığı, *Armani Da Silva* kararının da aralarında bulunduğu yeni kararlarında, bu kriterler artık açıklığa kavuşmuş bulunmaktadır.

Soruşturmanın etkili bir biçimde yürütüldüğüne karar verilebilmesi

¹⁴ Çalışmanın konusunu oluşturmaması hasebiyle taraf devletlerin AİHS m. 2 bağlamında pozitif yükümlülüklerine dair bu açıklamalar ile iktifa edilecektir. Detaylı bilgi için yukarıda zikredilen kaynaklar yanında ayrıca bkz. **Burak Bilge**, “AİHM İçtihatları Bağlamında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014, 5, 367-406, s. 372 vd., **Ali Deveci**, “Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı İhlallerinde Etkin Soruşturma Yapma Yükümlülüğü”, Yüksek Lisans Tezi, Kayseri, 2014, **Ayşe Özkan Duvan**, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. Maddesi Çerçevesinde Yaşam Hakkının Korunmasında Devletin Yükümlülüğü”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2018, 24(2), 660-681.

¹⁵ Bu yönde değerlendirmeler ve içtihadın gelişimine ilişkin daha detaylı bilgi için bkz. **Ariav**, s. 861 vd.

için soruşturmanın yürütülmesinden sorumlu kişilerin, olaylara karışmış olabilecek kişilerden **bağımsız** olmaları; soruşturmanın **yeterli** nitelikte olması; soruşturmanın neticelerinin ilgili tüm unsurların kapsamlı, yansız ve tarafsız analizine dayandırılmış olması; **mağdurun ailesi için yeterli ölçüde erişilebilir** ve **kamu denetimine açık** olması, **titiz** olması ve **ivedilikle yürütülmesi** gerekmektedir. Bu ölçütlerden her biri, zaman içerisinde ve farklı davalarda ortaya çıkmış ve Mahkeme tarafından açıklanmıştır. Kararın iyi anlaşılması bakımından, bu ölçütlerin her birinin Mahkemece nasıl anlaşıldığının ifade edilmesi yararlı olacaktır.

Bağımsızlık kriteri ilk kez *Kaya v. Türkiye*¹⁶ kararı ile ortaya konulmuştur¹⁷. Bağımsızlıktan anlaşılması gereken, soruşturmayı yürüten makamların, soruşturulan kamu görevlileri ya da otoriteleri ile herhangi bir ilişkisinin bulunmamasıdır. Bu bağımsızlık yalnızca bir hiyerarşik veya organik ilişkinin yokluğunu değil, pratikte soruşturma makamının bağımsız hareket edebilme yetisini de gerektirir¹⁸. Bununla birlikte, mevzuat itibarıyla bağımsız olmadığı düşünülebilecek makamların yürüttüğü soruşturmaların da, eğer bu makamlar pratikte bağımsız hareket etmişler ise, bağımsızlık kriterini sağladığı kabul edilebilecektir¹⁹.

Yeterlilik kriteri ilk kez *Ramsahai ve diğerleri v. Hollanda*²⁰ kararı ile ortaya konulmuştur²¹. Yeterlilik kriterinden anlaşılması gereken, yürütülen soruşturmanın, ölüm sonucunu doğuran olayın ve olayın sorumlularının ortaya çıkarılmasını ve neticede uygun yaptırımla karşılaşmalarını sağlayacak nitelikte olmasıdır. Mahkemenin, kanaatimizce de isabetli olarak, en önemli kabul ettiği kriter yeterlilik kriteridir²². Zira bir soruşturma, olayı ve sorumluluklarını açığa çıkaracak nitelikte değilse, kim tarafından, hangi

¹⁶ *Kaya v. Türkiye*, 19.02.1998, no. 158/1996/777/978.

¹⁷ *Ariav*, s. 862.

¹⁸ **Council of Europe/European Court of Human Rights**, “The Nature and The Scope of The Procedural Obligation Under Article 2 of the Convention to Punish Those Responsible for Breaches of the Right to Life in Cases Concerning the Use of Lethal Force by State Agents”, 2015, s. 12-13.

¹⁹ Mahkeme, *Mustafa Tunç ve Fecire Tunç v. Türkiye* kararında şu tespitlere yer vermektedir: “Mahkeme içtihadına göre, yargı organının kanunlarda belirtilen bağımsızlık niteliğine sahip olmaması soruşturmanın bağımsız olmadığı sonucuna varmak için yeterli değildir...”

²⁰ *Ramsahai ve diğerleri v. Hollanda*, 15.05.2007, no. 52391/99.

²¹ **Council of Europe/European Court of Human Rights**, s. 13.

²² *Mustafa Tunç ve Fecire Tunç v. Türkiye*, 14.04.2015, no. 24014/05, §172.

koşullarda ve ne hızda tarafından yürütüldüğünün de bir önemi kalmamaktadır.

Kamu görevlilerinin güç kullanımı neticesinde ölüm sonucunun ortaya çıktığı durumlarda, Mahkeme *Giuliani ve Gaggio v. İtalya*²³ davasında yeterli bir soruşturmanın gerekliliklerini daha da somutlaştırmıştır: “*Soruşturma, güç kullanılıp kullanılmadığını ve kullanılan gücün (olayın koşulları uyarınca hukuka) uygun olup olmadığını ortaya çıkarmak bağlamında da etkili olmalıdır. Bu bir sonuç değil, araç yükümlülüğüdür. Soruşturma makamları, olaya ilişkin bütün delilleri, bu kapsamda, inter alia, görgü tanığı ifadeleri, olay yeri inceleme bulguları ve gerektiğinde otopsi gibi delilleri toplamak için gerekli bütün makul tedbirleri alır. Soruşturmanın ölüm nedenini ve ölüm sonucundan sorumlu kişileri ortaya çıkarma yetisini zedeleyecek bütün eksiklikler, (yeterlilik kriterinin) sağlanamaması riskini taşır. (§301)*”

İvedilik kriteri ilk kez *Kurt v. Türkiye*²⁴ kararı ile ortaya konulmuştur²⁵. İvedilikten ne anlaşılması gerektiği ise Mahkeme'nin sonraki içtihadında açıklığa kavuşmuştur. Her davanın kendi özel koşulları ve mahkemelerin çalışma koşulları farklı olacağı için, ivediliğin sağlanması önceden belirlenmiş belli bir süreye bağlı değildir. Bununla birlikte, Mahkeme'nin *Al-Skeini ve diğerleri v. Birleşik Krallık*²⁶ davasında da belirttiği üzere “*Her ne kadar belli durumlarda soruşturmanın ilerlemesini önleyecek engel ve güçlükler olsa da, ölümlerle sonuçlanan olaylarda (genel olarak) kamu otoritelerinin hızlı bir reaksiyon göstermesi, halk nezdinde devletin hukukun üstünlüğüne bağlı olduğunun ve suçluların tolere edilmediğinin ya da gizlice korunmadığının anlaşılması bakımından gereklidir. (§167)*”

Söz gelimi, *Mocanu ve diğerleri v. Romanya*²⁷ kararında Mahkeme, 21 yıl süren adli soruşturmanın ivedilik kriterine aykırı olduğunu kabul ederken şu tespitlerde bulunmuştur: “*Mahkeme, bizzat Hükümet'in de vurgulamış olduğu üzere, davanın hiç kuşkusuz ki karmaşık bir nitelik taşıdığını kabul etmekle birlikte, Hükümet tarafından atıfta bulunulan siyasi ve toplumsal menfaatlerin böylesi uzun bir süreyi mazur gösteremeyeceği kanaatinde dir. Aksine, bu menfaatlerin Romanya toplumu açısından taşıdığı önem yetkililerin bu davayı süratle ve gecikmeksizin ele alıp, hukuka aykırı fillere gizlice dahil*

²³ **Giuliani ve Gaggio v. İtalya**, 24.03.2011, no. 23458/02.

²⁴ **Kurt v. Türkiye**, 25.05.1998, no. 15/1997/799/1002.

²⁵ **Ariav**, s. 862.

²⁶ **Al-Skeini ve diğerleri v. Birleşik Krallık**, 07.07.2011, no. 55721/07.

²⁷ **Mocanu ve diğerleri v. Romanya**, 17.09.2014, no. 10865/09, 45886/07 ve 32431/08.

olunduğu veya göz yumulduğu şeklindeki bir görünümü engellemesine yol açmalıydı. (§338)”

Titizlik kriteri ilk kez *Güleç v. Türkiye*²⁸ kararı ile ortaya konulmuştur²⁹. Soruşturmanın titizliğinin ne anlama geldiği *Mocanu ve diğerleri v. Romanya* kararında açıkça ifade edilmiştir: “*Soruşturma derinlemesine yürütülmeli, yani yetkili makamlar her daim, neler olup bittiğini ortaya çıkartma konusunda ciddi bir teşebbüste bulunmalı ve soruşturmayı kapatmak için aceleci veya mesnetsiz sonuçlara dayanmamalıdır*³⁰.”

Titizlik kriteri, *Armani Da Silva* kararı gibi kolluk görevlilerinin ölüme yol açtığı olaylar bakımından önem kazanmaktadır. Zira bu tür fiillerin soruşturulmasında soruşturma makamları, kolluk görevlilerini koruma refleksiyle hareket ederek olayın üstünü örtmek için üstünlük bir soruşturma ile yetinebilmektedir. Böylelikle ya soruşturma sorumluları ortaya çıkarabilecek bir nitelik kazanamamakta ya da gereği gibi delil toplanmadığı için sorumlular cezasız kalmaktadır³¹.

Kamu denetimine açıklık kriteri ilk kez *Kaya v. Türkiye* kararı ile ortaya konulmuştur³². Kamu denetimine açıklık, devletin işlem ve eylemlerinde hesap verebilirliğinin bir uzantısıdır³³. Kuşkusuz kamu denetimine açıklık bir ceza soruşturmasındaki bütün bilgilerin derhal kamunun denetimine sunulması anlamına gelmez. Dosyanın mevcut durumu, içeriğindeki bilgilerin mahiyeti, kişilerin özel hayatlarının gizliliğinin korunması gibi kriterler, her dosya bakımından kamu denetiminin sınırlarının ayrıca değerlendirilmesini gerektirir³⁴. Mahkeme’ye göre, özellikle yaşam hakkının ihlali gibi ağır ihlaller bakımından yürütülecek soruşturmalarda kamu denetimine açıklık daha da önem kazanmaktadır³⁵. Böyle durumlarda kamunun devlet otoritelerine olan güveninin temini ve korunabilmesi adına, yürütülen soruşturmanın içeriğinden

²⁸ *Güleç v. Türkiye*, 27.07.1998, no. 54/1997/838/1044.

²⁹ *Ariav*, s. 862.

³⁰ *Mocanu ve diğerleri v. Romanya*, §325

³¹ Bazı örnekler için bkz. *Deveci*, s. 63 vd.

³² *Ariav*, s. 862.

³³ *Council of Europe/European Court of Human Rights*, s. 14.

³⁴ *Anguelova v. Bulgaristan*, 13.06.2002, no. 38361/97, §140.

³⁵ *Al Nashiri v. Polonya*, 24.07.2014, no. 28761/11, §497.

ve sonuçlarından genel itibarıyla halkın haberdar edilmesi gerekir³⁶.

Mağdurun ailesi için yeterli ölçüde erişilebilirlik kriteri ilk kez *Hugh Jordan v. Birleşik Krallık*³⁷ kararı ile ortaya konulmuştur³⁸. Yukarıda belirtildiği üzere kamu denetimine açıklık, sınırları her dava bakımından değişen bir kriterdir. Bununla birlikte Mahkeme, mağdurun ailesinin davaya erişmesinin sağlanmasının her dava bakımından geçerli bir yükümlülük olduğunun altını çizmektedir³⁹. Mağdurun birinci dereceden yakınları, kendi haklarını korumalarını ve ileri sürebilmelerini sağlayacak ölçüde, soruşturmaya dahil edilmek zorundadır⁴⁰. Mahkeme (komisyon), örneğin, *Güleç v. Türkiye* kararında, ölüme ilişkin adli soruşturmada mağdurun babasının soruşturmaya yer olmadığı karardan haberdar edilmemesini bu kriterin ihlali olarak kabul etmiştir⁴¹. Aynı şekilde, *Oğur v. Türkiye* kararında Mahkeme (komisyon), mağdurun ailesinin soruşturmaya ve dava dosyasına erişiminin engellenmesini de bu kriterin ihlali olarak kabul etmiştir⁴².

Belirtmek gerekir ki, mahkemenin yaklaşımında bu kriterlerin her biri soruşturmanın etkinliğinin tayini bakımından birbiriyle ilişkilidir ve birlikte anlam ifade ederler. Mahkeme, etkin soruşturmanın mevcudiyetine ilişkin bir değerlendirme yaparken bu kriterlerin her birini irdeler ve bütüncül bir sonuca varır. *Mustafa Tunç ve Fecire Tunç v. Türkiye* kararında bu husus şöyle ifade edilmiştir: “Söz konusu ölçütler, hep birlikte ele alındıklarında soruşturmanın etkinlik düzeyinin değerlendirilmesine olanak sağlamaktadır. [İşbu davada ele alınan] bağımsızlık ölçütü de dahil olmak üzere, bütün ölçütler, bu amaç ile bağlantılıdır⁴³”. Genel uygulama bütüncül bir değerlendirme olmakla birlikte, Mahkeme eğer bu kriterlerin biri bakımından önemli bir eksiklik tespit ederse bunu tek başına ihlal sebebi de kabul ettiği davalar mevcuttur. Söz gelimi *Brecknell v. Birleşik Krallık* davasında Mahkeme, yürütülen soruşturmanın bağımsızlık niteliğini taşımadığından bahisle “*Bu durum, başlı*

³⁶ Council of Europe/European Court of Human Rights, s. 14.

³⁷ *Hugh Jordan v. Birleşik Krallık*, 04.05.2001, no. 24746/94.

³⁸ Ariav, s. 862.

³⁹ *Anguelova v. Bulgaristan*, §140.

⁴⁰ Council of Europe/European Court of Human Rights, s. 15.

⁴¹ *Güleç v. Türkiye*, §82.

⁴² *Oğur v. Türkiye*, 20.05.1999, no. 21594/93, §92.

⁴³ *Mustafa Tunç ve Fecire Tunç v. Türkiye*, §225.

*başına, 2. maddenin ihlalini teşkil etmektedir*⁴⁴.” şeklinde karar vermiştir.

Armani Da Silva v. Birleşik Krallık davasında, hatırlanacağı üzere birden fazla soruşturma ve yargı süreci mevcuttur. Bunlardan şikâyet konusu olan ve Mahkemece incelenen, kolluk görevlileri hakkında yürütülen adli soruşturmadır. Mahkeme, kararında, yukarıdaki altı kriter uyarınca soruşturmanın hangi makam tarafından ne kadar sürede yürütüldüğünü, soruşturmada hangi işlemlerin yapıldığını ve aile bireylerinin soruşturmaya ne şekilde dahil edildiğini değerlendirmiştir.

Armani Da Silva v. Birleşik Krallık davasında bu kriterlerden üçü tartışma konusu yapılmıştır. Başvurucunun şikayetinde yer alan CPS’in yapı itibarıyla **bağımsız** olmadığına yönelik iddiası mahkemece kabul görmemiştir. Gerek çoğunluk gerekse karara muhalif olan hakimler CPS’in yapısının ve somut olayda yürütülen soruşturmanın 2. maddeye aykırılık oluşturmadığı görüşünde birleşmiştir. Mahkemenin çoğunluğuna göre, soruşturma makul bir süre içinde ve ivedilikle tamamlanmış olmasına karşın, yargıçlardan üçü, özellikle gerçek kişiler hakkında adli soruşturmanın birkaç yıl başlayamamış olmasının **ivedilik** kriterine aykırı olduğu görüşündedirler. Hatırlanacağı üzere, gerçek kişiler hakkında adli soruşturmanın yürütülmesi için, OCPM hakkında yürütülen soruşturmanın tamamlanması beklenmiştir. Bu nedenle, 2005 yılında yaşanan olaya ilişkin olarak, adli soruşturmaya 2008 yılında başlanabilmiştir. Çoğunluğu teşkil eden üyeler, bu gecikmenin haklı bir nedene dayandığı kanaatindedirler.

Her ne kadar bu konular da ele alınmış ise de, kararın ağırlık noktasını oluşturan hususlar bunlar değildir. Tartışma, en azından bir gerçek kişinin Menezes’in ölümünden dolayı kusurlu olduğu bilindiği halde, gerçek kişiler hakkında yürütülen adli soruşturmanın, kovuşturmaya yer olmadığı kararı ile sona erdirilmiş olması ve hiçbir kolluk görevlisinin mahkeme önüne çıkmamış olması üzerinde yoğunlaşmaktadır. Gerçek kişiler hakkında yürütülen soruşturmanın, kovuşturmaya yer olmadığı kararı ile sonuçlanması, Mahkeme tarafından soruşturmanın **yeterliliği** bağlamında tartışılmıştır. Bu husus ise, etkin soruşturmada sonuç yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı bağlamında ayrıca değerlendirilmelidir.

B. Etkin Soruşturmada Sonuç Yükümlülüğü

Ölümlerle sonuçlanan olaylarda etkin soruşturma yükümlülüğünün

⁴⁴ **Brecknell v. Birleşik Krallık**, 27.11.2007, no. 32457/04, §82.

yukarıda özellikleri tartışılmış olan bir “soruşturma”yı gerektirdiğinde kuşku yoktur. Bununla birlikte, bu soruşturmanın doğurması gereken belli bir sonucun bulunup bulunmadığı daha büyük bir titizlikle incelenmesi gereken bir meseledir. Soruşturma sonucunda muhakkak bir ceza davası açılmak zorunda mıdır? Mutlaka bir adli yaptırım, disiplin yaptırımı ya da tazminata hükmedilmeli midir?

Mahkeme’ye göre, etkin soruşturma yükümlülüğü bir araç yükümlülüğüdür, **sonuç yükümlülüğü değildir**⁴⁵. Bir başka deyişle Mahkeme, yukarıda zikredilen kıstaslara uygun bir soruşturmanın yapılmış olmasını 2. ve 13. maddeler ile tahmil edilmiş olan yükümlülük için yeterli kabul etmektedir. Bu soruşturmanın belli bir şekilde sonuçlanması konusunda taraf devletlerin bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Yaptırımlar bakımından bir sonuç yükümlülüğünün mevcut olmadığı bu ilkedен kolaylıkla çıkarılabilmektedir. Bununla birlikte kovuşturma da olayın koşullarının ve sorumluların ortaya çıkarılabilmesine ilişkin ceza muhakemesi sürecinin bir parçasıdır. Bu anlamda belli durumlarda kovuşturma yapılmasının araç yükümlülüğünün mü yoksa sonuç yükümlülüğünün mü bir parçası olduğu ayrıca incelenmelidir.

Mahkeme’ye göre, etkin soruşturma yükümlülüğü, yalnızca bu koşullara uygun bir soruşturmayı gerektirir. Kovuşturmanın gerekliliği bakımından ise Mahkeme *Brecknell v. Birleşik Krallık* davasında “*Ölümlerle sonuçlanan olaylarda... bağımsız ve tarafsız bir hâkim önünde çekişmeli bir ceza davasının, ceza sorumluluğunu ortaya çıkarmak bakımından en etkili yol olarak kabul edilmesi gerektiği*⁴⁶”nin de altını çizmektedir. Bununla birlikte Mahkeme’ye göre etkin bir soruşturmanın varlığının kabul edilebilmesi için, kovuşturmanın mevcudiyeti zorunlu değildir.

Ortada Mahkeme’nin kriterlerine uygun ve etkin bir soruşturma mevcut ise, bu soruşturmanın doğal bir sonucu olarak, bu süreci kovuşturma ve yaptırım takip edebilir. Bununla birlikte yürütülen etkin bir soruşturma, kovuşturmayı veya yaptırımı gerektirmedi ise bu durum 2. ya da 13. maddenin ihlali sebebi değildir. Mahkeme bu hususu *Petrović v. Sırbistan* kararında “*(Etkin soruşturma yükümlülüğü) soruşturmanın muhakkak kovuşturma ile ya da (kovuşturmada) mahkumiyet kararı ile sona ermesi hususunda mutlak bir hak vermez*⁴⁷.” ifadeleri ile açıkça hüküm altına almıştır. Hatta,

⁴⁵ *Hugh Jordan v. Birleşik Krallık*, §107.

⁴⁶ *Brecknell v. Birleşik Krallık*, §66.

⁴⁷ *Petrović v. Sırbistan*, 15.07.2014, no. 40485/08, §75.

sorumluların ortaya çıkarılamamış olması dahi, eğer soruşturma yukarıda belirtilen ilkelere uygun bir biçimde yürütülmüş ise, onu etkin bir soruşturma olmaktan alıkoymaz⁴⁸.

Ayrıca mahkeme, inceleme konusu *Armani Da Silva v. Birleşik Krallık* kararında, “*Mahkeme, bugüne dek, 2. madde ile uyumlu, etkin bir soruşturmada kaynağını alan hiçbir savcılık kararının bizatihi 2. maddeyi ihlal ettiği yönünde karar vermemiştir*”⁴⁹.” **şeklinde ilginç bir tespit de bulunmaktadır.** Bir başka deyişle 2. madde uyarınca etkin bir soruşturma yürütülmüş ise, bu soruşturmanın savcılık tarafından büyük bir hata sonucu yanlış kararlar sona erdirilmesi pratikte Mahkemece olası görülmemektedir. Nitekim Mahkeme, gerekçesinde devamla “...*bu durum Mahkeme'nin başka her açıdan etkin olan bir soruşturmanın ardından iyi niyetle verilmiş bir savcılık kararına müdahale edilmesi konusundaki isteksizliğini açık bir biçimde ortaya koymaktadır*”⁵⁰.” ifadeleriyle bu hususu açıkça da vurgulamaktadır.

Mahkeme, ölümle sonuçlanan olaylarda etkin soruşturmanın pratik sonuçları bakımından *Mustafa Tunç ve Fecire Tunç v. Türkiye* kararında şu tespitlere yer vermektedir: “(Etkin soruşturma) *yükümlülüğünün gerektirdiği soruşturma biçimi, yaşam hakkının ihlalinin niteliğine göre değişiklik göstermektedir: Genel olarak ölüme kasten neden olunduğunda cezai soruşturma yapılması gerekmesine rağmen, ölümün taksirle meydana gelmiş olması halinde hukuk davası veya hatta disiplin soruşturması açılması halinde söz konusu yükümlülük yerine getirilmiş olur*”⁵¹.” **Görüldüğü üzere Mahkeme, soruşturmanın belli bir sonuç doğurması ile değil, yalnızca etkili bir biçimde yürütülmüş olması ile ilgilenmektedir.** Hatta ölüm sonucunu doğuran kimi olaylarda dahi, eğer etkin soruşturmanın gereklilikleri başka bir şekilde karşılanmış ise, kimi zaman adli soruşturmanın varlığını dahi gerekli görmemektedir.

Kuşkusuz, ölümle sonuçlanan olaylarda dahi, eğer kimsenin kusurunun bulunmadığı bir durum söz konusu ise, herhangi bir cezaya başvurulmaması gerekir. Bu bağlamda Mahkeme'nin etkin soruşturma yükümlülüğünü bir araç yükümlülüğü olarak kabul etmesi doğrudur. Bununla birlikte *Armani Da Silva v. Birleşik Krallık* kararını önceki kararlardan ayıran ve tartışmaya değer

⁴⁸ Detaylı bilgi ve karar örnekleri için bkz. **Chevalier-Watts**, s. 718 vd.

⁴⁹ **Armani Da Silva v. Birleşik Krallık**, §259.

⁵⁰ **Armani Da Silva v. Birleşik Krallık**, §260.

⁵¹ **Mustafa Tunç ve Fecire Tunç v. Türkiye**, §170.

kılan bir husus bulunmaktadır: Mahkeme, **OCPM yerel mahkeme önünde kusurlu görüldüğü ve cezalandırıldığı halde**; bir başka deyişle Menezes'in ölümü bakımından en azından bir kişinin kusurlu olduğu kesin olarak bilindiği bir durumda dahi, kovuşturmanın yapılmamasını ve kimseye ceza verilmemiş olmasını etkin soruşturma yükümlülüğünün ihlali olarak kabul etmemiştir. IPCC ve CPS tarafından gerçekleştirilen incelemeler Mahkeme tarafından yeterli görülmüş, OCPM hakkında yapılan kovuşturma ve hükmedilen para cezasının varlığı karşısında, polis memurları hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesinin 2. maddenin gerekliliklerini ihlal etmediği sonucuna varılmıştır.

Birleşik Krallık'ta yürütülen soruşturmanın, Menezes'in ölümüyle ilgili bir ya da birden fazla kişinin kusurlu olduğu bilinmesine karşın kovuşturmaya yer olmadığı kararı ile sonuçlanmasının nedeni, Birleşik Krallık'ta uygulanan **mahkumiyet olasılığı kriteridir**. Bilindiği üzere, Avrupa ülkelerinde soruşturmaların ne şekilde sonuçlanacağı, kovuşturma yapılıp yapılmayacağı iki kriterden birine göre belirlenmektedir. Avrupa ülkelerinin, Türkiye'nin de aralarında bulunduğu, kahir ekseriyetinde kovuşturmaya geçiş için delillerin belli bir dereceye erişmiş olması şartı aranmaktadır⁵². İstisna olarak kabul edilebilecek altı ülkede ise, kovuşturma yapılması, kovuşturma sonunda sanık veya sanıkların mahkumiyet olasılığının belli bir dereceye erişmiş olmasını gerektirmektedir. Belirtmek gerekir ki her iki uygulama da yeknesak değildir, gerek delil eşiği gerekse mahkumiyet olasılığı farklı devletlerde farklı anlaşılmakta ve uygulanmaktadır.

Birleşik Krallık'ta uygulanan kovuşturma kriteri, mahkumiyetin **muhtemel olmasını** ifade eder. Daha kolay anlaşılır ve yaygın ifadesiyle, sanığın mahkumiyet olasılığı en azından **%51** olmalıdır. Savcılık, Menezes dosyasında hiçbir kolluk görevlisinin mahkumiyet olasılığının bu seviyede olmadığı kanaati ile kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermiştir. Başvurucu ise, ölümle sonuçlanan kolluk müdahaleleri gibi olaylarda, kamu denetiminin sağlanabilmesi ve devletin kolluk görevlilerinin bu eylemlerine göz yumduğu ya da onlarla gizli bir iş birliği içinde olduğu gibi şüphelerin ortadan kaldırılabilmesi adına, bu eşiğin daha düşük olması gerektiğini savunmaktadır.

⁵² Nitekim *Armani Da Silva* kararında mahkemenin yaptığı incelemeye göre, Sözleşme'ye taraf olan devletler arasında 24 devlette kovuşturmaya geçilebilmesi için belli bir şartın varlığı kanunlarda açıkça yer almaktadır. Bunlardan 20'sinde **delil eşiği** kriterini kullanmakta olduğu ifade edilmektedir. Birleşik Krallık'ın dahil olduğu 6 devlette ise (kanunlarda yazılı olarak yer alsın ya da almasın) kovuşturmaya geçiş şartı olarak **mahkumiyet olasılığı** dikate alınmaktadır (§175-182).

Mahkeme'nin çoğunluğu bu düşüncüyü kabul etmemiştir. Öncelikle Mahkeme, kovuşturmaya geçilebilmesi için belli şartların varlığının aranmasının bizatihi 2. ya da 13. maddeye aykırılık teşkil etmeyeceğini tekrarlamıştır. Daha sonra gerek delil eşiğinin gerekse mahkûmiyet olasılığının kovuşturmaya geçilmesinde meşru birer kriter olduğu konusundaki görüşünü yinelemiştir. Mahkeme her iki konuyu da birer iç hukuk meselesi ve ceza muhakemesi siyaseti tercihi olarak değerlendirmekte ve devletlere müdahale etmemeye gayret etmektedir.

Bu genel tespitlerden sonra Mahkeme, başvurucunun iddiasının özünü oluşturan soruna yönelmiştir: Delil eşiği kıstası belli suçlar bakımından gevşetilmeli midir? Ölümle sonuçlanan bir olayda, sorumlu olduğu düşünülen kişilerin en azından mahkeme önüne çıkarılması gerekmez mi?

Mahkeme'nin çoğunluğuna göre, böyle bir ayırım yapılması doğru değildir. Her ne kadar kararda açıkça ifade edilmese de, Mahkeme'ye göre böyle bir görüş, yalnızca mağduru dikkate alan, şüpheli veya sanığın böyle bir uygulamadan nasıl etkileneceğini dikkate almayan bir görüştür. Nitekim Mahkeme, ret gerekçesinde sanığın olası durumunu birkaç kez vurgulamıştır.

Mahkeme, bu hususta öncelikle *Gürtekin ve diğerleri v. Kıbrıs*⁵³ davasındaki “*Bir kovuşturma, özellikle de yasadışı toplu katliamlara iştirak etmek gibi ciddi bir suçla ilgili kovuşturma, ceza adalet sisteminin ağırlığı altına giren bir sanığı oldukça fazla etkileyecek olması ve söz konusu kişinin, toplum tarafından kınanacak ve itibarının, özel, aile ve meslek yaşamının bunun sonucunda ortaya çıkacak tepkilerden etkilenecek olması sebebiyle asla hafife alınmalıdır...*” içtihadına atıfta bulunmuştur.

Başvurucunun iddiasına ilişkin olarak ise, “*(Olayın ölümle sonuçlanan bir kolluk eylemi) olmasının, şahıslar hakkında delillerin niteliğine bakılmaksızın kovuşturma yürütülmesi için yeterli bir gerekçe teşkil etmediğini... Aksine, böylesi ciddi suçlamalara ilişkin olarak yürütülen bir kovuşturmanın sonuçları her sanık için oldukça ağır olacağı için, bu hususlar düşünülmezsizin bir kovuşturmaya başlanmaması gerektiği kanaatine...*”⁵⁴ vardığını hükme bağlamıştır.

Mahkeme, nasıl olup da ölümle sonuçlanan bir olayda, kurumun ceza sorumluluğu da tespit edilmişken, gerçek kişiler hakkında kovuşturmaya

⁵³ *Gürtekin ve diğerleri v. Kıbrıs*, 11.03.2014, 60441/13, 68206/13 ve 68667/13.

⁵⁴ *Armani Da Silva v. Birleşik Krallık*, §272.

yer olmadığı kararı verilebilmesinin 2. maddeyi ihlal etmediğini şöyle izah etmektedir: Bazı can kayıpları, bireylerin cezai ve idari sorumluluğunu gerektiren hatalarından değil, sistemin genel sorunlarından kaynaklanır⁵⁵. Bazı durumlarda ise hem bireysel hem de kurumsal kusurlar ölümlere birlikte yol açar. *Armani Da Silva* davasında savcılık, kolluk görevlilerini korumak için değil, hiçbir kolluk görevlisinin bireysel olarak ceza sorumluluğuna gidilebilmesini muhtemel kılacak ölçüde bir delile ulaşamadığı için kovuşturmayaya yer olmadığı kararı vermiştir. Mahkeme'nin de savcılığın bu kararının aksine bir bulgusu söz konusu değildir. Olayla ilgili yalnızca OCPM'e ceza verilmesi, Menezes'in ölümü için uygun ve orantılı bir ceza olarak kabul edilmeyebilir. Nitekim başvurucunun iddiası da bu yöndedir. Bununla birlikte Mahkeme, suç ile cezanın orantısızlığını, ancak bir failin sorumluluğu tespit edilmiş fakat ona çok hafif ya da çok ağır bir ceza verilmiş ise değerlendirebilir. Somut olayda böyle bir durum söz konusu değildir. Dolayısıyla Mahkeme'nin hiçbir gerçek kişiye ceza verilmemiş olmasını, bunun yerine kuruma ceza verilmesini "hafif bir ceza" olarak değerlendirme imkânı da bulunmamaktadır⁵⁶.

Armani Da Silva kararında Mahkeme öyle bir tespitte bulunmaktadır ki, ölümlerle sonuçlanan bir vakada, mağdurun ölümüne neden olan fail ya da failer hiç hâkim karşısına çıkmaya dahi o devlette yaşama hakkının AİHS bağlamında etkin bir şekilde korunduğu kabul edilebilmektedir. Özellikle de devletlerin kendi güvenlik teşkilatlarını koruma reflekslerinin ne kadar güçlü olabileceği göz önüne alındığında, bu düşüncenin ne kadar önemli sorunlara yol açabileceği daha da açık ortaya çıkmaktadır.

Birleşik Krallık'ta yapılan yargılamada OCPM'in kusurlu bulunarak

⁵⁵ Mahkeme, gerekçenin bu bölümünde kolluğun genel sisteminin ya da belli bir operasyonun genel sorunlarından kaynaklanan ölümlerin kolluk görevlilerinin ceza sorumluluğunu doğurmamasının, 2. maddenin ihlaline yol açmayabileceğini kabul eder bir tutum takındığı düşünülebilir. Bununla birlikte Mahkeme, esasen önceki içtihadında bunun tam aksini, yani operasyonun planlanmasında yaşama hakkına ilişkin risklerin en aza indirgenmesi yolunda eksik ya da yanlış uygulamaların sonucunda sivil ölümleri gerçekleşmişse 2. maddenin ihlalinin söz konusu olacağını kabul etmiştir. Detaylı bilgi ve kararlar için bkz. **Özkan Duvan**, s. 666.

Esasen *Armani Da Silva* kararında bu bağlamda mahkemenin içtihadında bir değişiklik söz konusu olmamıştır. İhlal kararının verilmemiş olmasının sebebi, Menezes'in ölümünün bireysel bir kusurdan ileri gelmemiş olması değil, Mahkeme'nin Birleşik Krallık savcılığı tarafından olayın koşullarının ve sorumluların ortaya çıkarılması için samimi ve yeterli bir çabanın gerçekten de harcanmış olmasıdır.

⁵⁶ **Armani Da Silva v. Birleşik Krallık**, §284-286.

cezalandırılması, meseleyi daha da çetrefilli bir hale getirmektedir. Yargıç *Guerra*'nın da belirttiği üzere, bir kurumun bir olaya ilişkin ceza hukuku sorumluluğu tespit edildiği halde⁵⁷, kurum çalışanlarının o kurum içindeki bütün disiplin işlemlerinden ve mahkeme önünde cezai sorumluluktan nasıl kurtulduğunu anlamak güçtür.

Unutmamak gerekir ki karar ölümle sonuçlanan bir olaya ilişkindir. Aile fertlerinden biri öldürülmüş olan başvurucunun, sonuçta ceza almasa bile, failin mahkeme önüne çıkarılmasını talep etme hakkı korunmalıdır. Olayın önemi ve ağırlığı bunu şart koşmaktadır. Bununla birlikte mahkemenin bu düşünceye karşı çok güçlü bir argümanı bulunduğunu da kabul etmek gerekir: Olay ne kadar ağırsa, sanık da o kadar ağır bir suçla yargılanacaktır. Bu nedenle, kovuşturmanın sanık üzerinde oluşturacağı psikolojik baskı ve sosyal sorunlar da gözetilerek kovuşturma yapılıp yapılmamasına mahkûmiyet olasılığı dikkate alınarak karar verilmelidir.

Kanaatimizce çoğunluk görüşü bu noktada isabetlidir. Bir sonuç değil araç yükümlülüğü olan etkin soruşturma, eğer olayın koşullarını ve sorumluları ortaya çıkarabilecek şekilde gerçekleştirilmiş ise kovuşturma yapılmamış olması bizatihi etkin soruşturma yükümlülüğünün ihlali olarak kabul edilmemelidir. Son tahlilde Mahkeme'nin devletin sorumluluğuna dair yaptığı inceleme ceza muhakemesi sisteminin genel işleyişine yöneliktir ve çok sayıda kararda da belirtildiği üzere yaşama hakkı ihlalleri bakımından demokratik bir toplumda etkin soruşturma mekanizmasına duyulan ihtiyacın sebebi bu olayların üstünün örtülmesinin önlenmesi, yargının kolluk güçlerini koruduğu ya da onunla iş birliği yaptığı gibi bir toplumsal kanaatin uyanmamasıdır. Mahkeme, Menezes hakkında yürütülen soruşturma bakımından bu incelemeyi sağlıklı bir biçimde yapmış ve mevcut soruşturma mekanizmasının genel olarak ya da Menezes dosyası özelinde failleri korumaya yönelik bir çabasının olmadığını ve soruşturmanın gerçekten de olayın koşullarını ve sorumluları ortaya çıkarmaya yönelik bütün şartları sağladığını tespit etmiştir. Somut olayda Menezes için (gerçek kişi faillere verilecek bir ceza suretinde beliren) adaletin tecelli etmediği yönündeki vicdani kanaat, her ne kadar bu kanaati paylaşmakta isek de, etkin soruşturmanın yapılmadığı sonucuna varılmasını

⁵⁷ Yargıç *Guerra*, yazdığı muhalefet şerhinde bilhassa IPCC raporuna atıfta bulunarak, operasyonda bir dizi başarısızlığın tespit edildiğini, kurumsal olarak önemli eksiklik ve kusurların mevcut olduğunun anlaşıldığını ifade etmekte ve bu ciddi kusurlara karşın "(Hiçbir kolluk görevlisinin sorumluluğunun bulunmadığı yönündeki kararın) Menezes'in ölümüne dair kurumsal cezai sorumluluk tespit edilmiş olması karşısında özellikle şaşırtıcı" olduğunu belirtmektedir.

sağlamamalıdır. Yargıç *Guerra*'nın muhalefet şerhi böyle bir kanaat ile kaleme alınmıştır ve isabetli olmamıştır.

Nihayet Mahkeme, kovuşturmaya başlanması için gerekli şartlar bakımından İngiliz mevzuatını değerlendirmiş ve “mahkûmiyet kararı verilmesi ihtimalinin mahkûmiyet kararı verilmemesi ihtimaline ağır basması” kıstasının etkili soruşturma yükümlülüğünü ihlal etmediği sonucuna varmıştır⁵⁸. Gerçekten, her ne kadar karşılaştırmalı hukuk örnekleri incelendiğinde yüksek bir delil eşiğine işaret etse de, bu kıstasın mahkûmiyetle sonuçlanmayacak davaları ayıklamakta oldukça etkili olduğu bir gerçektir.

Söz gelimi Türk ceza muhakemesi hukukunda kovuşturmaya başlanılabilmesi için “soruşturma evresi sonunda toplanan delillerin, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturması” (CMK m. 170/2) gerekir. Görüldüğü gibi burada yeterli şüphe kıstası benimsenmiştir. Yeterli şüphenin oluşması, mahkûmiyet kararının muhtemel hale gelmesine göre daha düşük bir eşiiktir⁵⁹. Bu sistemde suçluların cezasız kalması daha düşük bir ihtimaldir ancak bu kez de -şüphesiz başka sebeplerin de katkısıyla- kovuşturmada mahkûmiyet oranlarının %50 seviyesinde kaldığı bir sistemin yarattığı sorunlarla mücadele etmek gerekliliği doğmaktadır. Bu itibarla mahkemenin yüksek delil eşiğini 2. maddenin ihlali olarak görmemesi, bu tercihi devletlere bırakması anlaşılabilir bir durumdur.

Başvurucunun mahkûmiyet olasılığı eşiğinin yaşama hakkı ihlalleri bakımından düşürülmesi gerektiği yönündeki argümanı Mahkeme tarafından yukarıda da belirtildiği üzere reddedilmiştir. Bununla birlikte hakimlerden üçü müşterek muhalefet şerhinde bu hususu tartışmış ve aksi yönde görüş bildirmişlerdir. Muhalefet şerhini kaleme alan hakimlere göre, kovuşturmaya geçilebilmesi için bu denli ağır bir koşulun öngörülmesi, özellikle (faillerin

⁵⁸ Menezes dosyasında CPS tarafından verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararının Birleşik Krallık hukuku bakımından ayrıntılı bir değerlendirmesi için bkz. **Alan Norrie**, “The Problem Of Mistaken Self-Defense: Citizenship, Chiasmus, and Legal Form”, *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, 2010, 13(2), 357-378. Belirtmek gerekir ki *Norrie*'ye göre, CPS'in kararında herhangi bir hukuka aykırılık söz konusu değildir ve kovuşturmaya yer olmadığı kararı yerindedir. Bununla birlikte, kovuşturmaya yer olmadığı kararının da hukuki dayanağını oluşturan hata hükümleri sorunludur ve bu hükümlerde değişikliğe gidilmesi gerekir. bkz. aşağıda dipn. 62, 65.

⁵⁹ Sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilmesinin muhtemel olması, Türk hukukunda “kuvvetli şüphe”ye karşılık gelmektedir. Bu hususta açıklamalar için bkz. **Cumhur Şahin/Neslihan Göktürk**, *Ceza Muhakemesi Hukuku-I*, 12. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 291.

ceza sorumluluğunun bulunup bulunmadığı konusunda) tereddüt uyandıran ve sınırdan kalan davalarda faillerin kovuşturmadan kurtulmasını sağlayacak ve orantısız güç kullanımına ilişkin olaylarda kolluk görevlilerine “de facto” dokunulmazlık sağlayacaktır. Hakimlere göre, yaşama hakkı ihlallerinde, eğer kullanılan gücün hukuka uygun olup olmadığı konusunda tereddüt doğmuş ise, doğru olan son sözü bağımsız mahkemelerin söylemesidir.

Armani Da Silva v. Birleşik Krallık kararında önem arz eden ve ayrıca tartışılması gereken hususlardan biri de başvurucunun İngiliz hukukunda meşru savunmada hataya yönelik hükümlerin AİHS m. 2 ile uyumlu olmadığına yönelik iddialarının Mahkemece değerlendirilmesidir.

C. Meşru Savunmanın Koşullarında Hata Hükümlerinin Yorumlanması

AİHS m. 2 ile teminat altına alınmış olan yaşama hakkının ihlaline ilişkin yasağın istisnaları arasında *bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması* (AİHS m. 2, f. 2, bent a) da yer almaktadır. Bu istisna kapsamında, kamu görevlilerinin meşru savunma kapsamında gerçekleştirdikleri kasten öldürme fiillerinin de AİHS m. 2 bağlamında yaşama hakkının ihlali kabul edilmeyeceği aşikardır. Bununla birlikte, eğer kamu görevlisi meşru savunmanın koşullarında hataya düşmüş ise yaşama hakkının ihlal edildiği kabul edilmeli midir? *Armani Da Silva* kararının önemli boyutlarından biri de bu soruya Mahkeme tarafından verilen yanıtıdır.

Meşru savunmada hata halinde nasıl bir çözüm benimsenmesi gerektiği konusunda Mahkeme, gerek *Armani Da Silva* kararında gerekse daha sonraki kararlarında sürekli olarak *McCann v. Birleşik Krallık* kararına atıfta bulunmuştur. Mezkûr kararda mahkeme şu tespitite bulunmaktadır: “*Sözleşme’nin 2. maddesinin 2. fıkrası ile ortaya konan amaçlardan birini gözeterek Devlet görevlileri tarafından güç kullanılması, birtakım iyi nedenlerle, o zaman için geçerli olduğuna inanılmış olan, fakat daha sonra yanlış olduğu ortaya çıkan samimi bir düşünceye dayandırılmış olması halinde, bu madde hükmü kapsamında savunulabilir. Başka türlü bir düşüncenin benimsenmesi, devletlere ve kolluk güçlerine gerçekçi olmayan bir yükümlülük tahmil edilmesine anlamına geleceği gibi, onların ve diğer bireylerin yaşamlarını riske de atabilir*”⁶⁰.

Açıkça anlaşıldığı üzere Mahkeme, meşru savunmanın koşullarında ve bu kapsamda saldırının varlığında hataya düşülmesi halinde de yaşama hakkının

⁶⁰ *McCann v. Birleşik Krallık*, §200.

esas yönünden ihlal edilmediğini kabul etmektedir. Gerçekten de, kaçınılması mümkün olmayan bir hata sonucunda meşru savunma halinde bulunduğu düşüncesiyle işlenen öldürme fiillerinde dahi yaşama hakkının ihlalinin kabul edilmesi çok katı bir yorumdur ve kararda da belirtildiği üzere ciddi sakıncalara yol açabilir. Bununla birlikte, her davada failin hataya düştüğü iddiası ile taraf devletin sorumluluktan kurtulmasının önüne geçilmesi için, hatanın gerçekten mevcut olup olmadığının ve mahiyetinin de değerlendirilmesi gerekir. İşte bu değerlendirme, mahkemenin *McCann* kararında “(faile meşru savunma halinde bulunduğunu düşündürecek) iyi nedenler” olarak andığı ve hatanın belli bir ağırlıkta olup olmadığına ilişkin değerlendirmedir⁶¹.

Mahkeme, bu hususta olayın tarafsız bir gözlemci tarafından değerlendirildiği bir yorum metodunu isabetli bulmamaktadır. Meşru savunma koşullarının varlığına dair inanç, bir başka deyişle “iyi nedenler”in varlığı, olayın sicağı ile bir karar vermek durumunda bulunan, kendi hayatının ya da çevredeki başka insanların hayatının tehlikede olduğuna samimiyetle inanan ve onları kurtarmak için çabalayan birinin yerine koyarak, bir başka deyişle **sübjektif** bir değerlendirmeye tespit edilmelidir. Mahkeme bu görüşünü, *Armani Da Silva* kararında da yinelemiştir⁶².

Mahkeme’ye göre, faile meşru savunma halinde bulunduğunu düşündüren nedenlerin kendisi bu değerlendirmenin yapılması bakımından bağımsız bir kriter değil, failin meşru savunma halinde olduğuna dair düşüncenin dürüstlüğü ve samimiyetinin anlaşılmasında bir unsurdur. Yani, nedenlerin bizzat kendisi de sübjektif bir bakış açısıyla yorumlanmalı, bağımsız bir gözlemci için ne ifade ettiği değil o anda fail bakımından nasıl anlaşıldığı dikkate alınmalıdır. Sonuç olarak mahkemenin yanıtını aradığı temel soru, “Olayın koşullarını algıladığı şekliyle fail, kullandığı gücün kendisinin ya da başkalarının hayatını korumak için gerekli olduğuna samimiyetle inanmakta mıdır?” sorusudur.

Armani Da Silva davası ile ele alınan husus etkin soruşturma yükümlülüğü

⁶¹ Bu değerlendirmenin esasen Türk ceza hukukunda ceza sorumluluğunun varlığını azaltan veya kaldıran nedenlerde hataya düşülmesi (TCK m. 30, f. 3) bakımından yapılan hatanın kaçınılabilirliğine ilişkin değerlendirme ile de önemli bir benzerlik gösterdiği söylenebilir. Daha doğru bir söyleyişle, bu prensibin lafzi yorumundan böyle bir sonuca varılmaktadır. Bununla birlikte, aşağıda daha detaylı olarak tartışılacağı üzere, *Armani Da Silva* kararı ile bu yorumdan uzaklaşmış ve kaçınılabilirlik değerlendirilmesi neredeyse bütünüyle ortadan kaldırılmıştır.

⁶² *Armani da Silva v. Birleşik Krallık*, §245.

olduğu için, Birleşik Krallık'ta yürütülen soruşturmada bu değerlendirmenin yapılıp yapılmadığı da Mahkeme tarafından değerlendirilmiştir. Bu noktada Birleşik Krallık hukukunda meşru savunmada hata hükümlerinin nasıl uygulandığını irdeleyen Mahkeme⁶³, Birleşik Krallık uygulamasıyla kendi uygulaması arasında önemli bir farklılık bulunmadığına karar vermiştir⁶⁴.

Bu içtihat uyarınca Mahkeme, *Armani Da Silva* davasında başvuruçunun İngiliz hukukundaki meşru savunma hükümlerinin öznelliği dolayısıyla suçluların, özellikle de silah kullanma yetkisine sahip kolluk görevlilerinin cezasız kalacağına yönelik iddiasına itibar etmemiştir. Meşru savunmaya ilişkin hüküm ihdas edilirken savunmanın haklılığı nesnel bir gözlemcinin bakış açısına göre değerlendirilebileceği gibi, savunmayı yapan kişinin bakış açısına göre, öznel bir şekilde de değerlendirilebilir. Mahkeme, İngiliz hukukuna paralel bir şekilde, savunmayı gerçekleştiren kişinin savunmasının mutlak gerekliliğine dair “dürüst ve samimi” inancını AİHS 2. madde bağlamında yeterli bir kıstas olarak kabul etmektedir.

Azınlıkta kalan üyelerden üçü, Mahkeme'nin çoğunluğunun yaptığı bu değerlendirmeye karşı çıkmışlardır. Üç üyenin müşterek muhalefet şerhinde belirttikleri üzere, Mahkeme'nin yerleşik içtihadı, yaşama hakkının sınırlandırılmasında meşru savunmada hatanın 2. maddenin ihlali olarak kabul edilmemesi için, iki koşulun bir arada bulunması gerekir. Bunlardan ilki **öznel unsur**dur, yani güç kullanan kişinin o anda meşru savunmada bulunduğu dair samimi ve iyi niyetli inancıdır. İkincisi ise **nesnel unsur**dur, güç kullanan kişinin o anda meşru savunmada bulunduğu dair düşüncesinin dayandığı olgusal temellerdir. Mahkeme, bu olgusal temelleri, “failin meşru savunma halinde bulunduğunu düşünmesini sağlayacak *iyi nedenler*” olarak izah etmektedir.

⁶³ Çalışmanın amaçları bakımından büyük bir önem taşımadığı için bu konuda detaylı bir açıklamaya girişilmeksizin kısa bir dipnot bilgisi verilmekle yetinilecektir: Birleşik Krallık hukukunda meşru savunmada hata değerlendirmesinde failin sübjektif olarak meşru savunma halinde bulunduğu dair samimi inancının varlığı ve kullanılan gücün kesinlikle gerekli olup olmadığı değerlendirilmektedir. Bu da yukarıda izah edildiği üzere, Mahkeme içtihadı ile neredeyse aynıdır. Bu hususta geniş ölçekte eleştirel değerlendirmeler için bkz. **Stephen Foster/Gavin Leigh**, “Self-defence and the Right to Life: the Use of Lethal Or Potentially Lethal Force, UK Domestic Law, the Common Law and Article 2 ECHR”, *European Human Rights Law Review*, 2016, 4, 389-410. **Clemency Wang**, *The Police Are Innocent As Long As They Honestly Believe: The Human Rights Problems With English Self-Defense Law*, *Columbia Human Rights Law Review*, 2018, 49(3), 373-414.

⁶⁴ **Armani Da Silva v. Birleşik Krallık**, §252.

Mahkemenin çoğunluğu, dosya kapsamı ve iç hukukta yürütülen soruşturma ve davaları inceledikten sonra, faillerin bu iyi nedenlere sahip oldukları kanısına varmışlardır. Azınlıkta kalan üyelere göre ise, failler bu iyi nedenlere sahip olmadıkları gibi, çoğunluk görüşü meşru savunmada hatanın nesnel unsurunu önemsizleştirmeye ve neredeyse bütünüyle öznel unsura göre yorum yapmaya yönelmektedir.

Hakimler bu hususu özetle şöyle izah etmektedirler: İç hukukta yürütülen soruşturmada da, Mahkeme tarafından yürütülen incelemede de ağırlık “*Memur, kendisini ve/veya başkalarını savunmak için güç kullanılmasının gerekli olduğuna dürüst ve samimi bir şekilde inanmış mıdır?*” sorusudur. Bu da açıkça öznel yoruma ilişkin bir sorudur. Halbuki, bu sorunun yanıtı da kuşkusuz tartışılacak olmakla birlikte, bu inancın haklı gerekçelerinin tartışılmasına daha çok ağırlık verilmeliydi. Bunun için de olayın koşulları, görevlilerin operasyona hazırlığı, eğitimleri, başvurdukları ya da başvurmadıkları tedbirler gibi nesnel ölçütler değerlendirilmeli ve bir zafiyet söz konusu ise tespit edilmeliydi. Bu yapılmaksızın, yalnızca kolluk görevlilerinin samimiyetle meşru savunma halinde bulunup bulunmadıklarının değerlendirilmesi, 2. madde bağlamında yeterli bir değerlendirme değildir.

Belirtmek gerekir ki aynı görüş, doktrinde de destek bulmaktadır. “Samimi inanç” kriteri, karşılanması çok kolay bir kriter olması ve failin objektif bir gözlemciye göre mantıksız ve/veya kolaylıkla kaçınılabılır nedenlerle dahi hataya düşmesi halinde bu hatasından yararlandırılması eleştirilmektedir⁶⁵. Bu cümleden olarak böyle bir değerlendirme tarzının, ceza sorumluluğunun belirlenmesinde dengeyi fail lehine bozduğu ileri sürülmektedir⁶⁶. Bunun yerine, samimi inancın “samimi ve makul inanç” olarak yeniden formüle edilmesi önerilmektedir⁶⁷. Bazı yazarlara göre, muhalefet şerhini kaleme alan hakimlerle aynı şekilde, “iyi nedenler” ifadesi ile kastedilen bu inancın dayandığı objektif makul temeller olmalıdır ve bu nedenle *Armani Da Silva* kararında 2. maddenin ihlal edilmediği yönünde hüküm kurulması hatalı olmuştur⁶⁸.

Dikkat edilirse, eğer faillerin meşru savunmada bulduklarını düşünmeleri için iyi bir nedenleri yoksa, bu durum, etkin soruşturma

⁶⁵ Norrie, s. 360, ayrıca bkz. Wang, s. 396.

⁶⁶ Norrie, s. 376.

⁶⁷ Wang, s. 400.

⁶⁸ Wang, s. 413.

yükümlülüğünden önce, yaşama hakkının esas yönünden ihlalidir⁶⁹. Bir başka deyişle kolluk görevlilerinin orantısız güç kullanarak bireylerin yaşama hakkına müdahale etmesine yönelik yasağın ihlalidir. Nitekim bu nedenle müşterek muhalif görüşü kaleme alan hakimler “Bizler, şayet davada Sözleşme’nin 2. maddesinin esas bakımından ihlal edildiğine ilişkin bir şikâyet ileri sürülmüş olsaydı, Mahkeme’nin bu hükmün ihlal edildiğine karar vermek durumunda kalacağı kanaatindeyiz.” ifadesine de yer vermişlerdir.

Kanaatimizce de *Armani Da Silva* kararına bu cihetten yapılan itirazlar haklıdır. Öncelikle muhalefet şerhini kaleme alan hakimlerin de belirttiği üzere, *Armani Da Silva* kararı ile her ne kadar Mahkeme önceki içtihadına sadık kaldığı iddiasında olsa da esasen meşru savunmada hatanın “iyi nedenler”e dayalı olması gerektiğine yönelik içtihadını ortadan kaldırmış olmaktadır. Çünkü bu kararda Mahkeme, **yalnızca faillerin gerçekten hataya düşüp düşmediğini değerlendirmiş**, bu hatanın hangi koşullar dolayısıyla ortaya çıktığı ile ilgilenmemiştir. Bu hususta her ne kadar iyi nedenlerin de sübjektif unsurun içinde yer aldığı gibi bir gerekçe sunulmuş olsa da bu gerekçeye itibar edebilmek mümkün değildir. Zira böyle bir yorum metodu ile iyi nedenlerin varlığı veya yokluğu arasında herhangi bir fark bırakılmamış olmaktadır. Diğer bir söyleyişle, muhalefet şerhini kaleme alan hakimlerin de belirttiği gibi, “iyi nedenler” kriteri önemsizleştirilmekte ya da zımnen ortadan kaldırılmaktadır.

Bunun yanında, bir an için açıkça içtihadın değiştirildiği kabul edildiğinde dahi bizatihi bu yorum metodunun da sorunlu olduğunun belirtilmesi gerekir. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere, failin yalnızca hatasında samimi olup olmadığına dayalı bir değerlendirme, yaşama hakkı ihlallerinde devletin ve kolluk görevlilerinin sorumluluğunu çok daraltmaktadır ve gelecekte bireylerin yaşama hakkını koruma görevini yerine getirmesi de mümkün olmayacaktır. Nitekim, her ne kadar Charlie 2 ve Charlie 12 inançlarında “samimi” olsalar da onların bu duruma düşmesine neden olan plan, taktik, eğitim, koordinasyon, emir-komuta zinciri gibi hususlardaki eksiklikler tümüyle gözardı edilmiştir.

Görüldüğü üzere hakimler arasındaki görüş ayrılığı, yalnızca dosya kapsamının farklı anlaşılmasından ve yorumlanmasından ibaret değildir. Hakimler mevcut meşru savunma içtihadının ne yöne evrileceği hususunda bir uyumsuzluk yaşamışlardır. Çoğunluk görüşü, meşru savunmanın yorumunda neredeyse bütünüyle öznel bir metodun benimsenmesinden yana olmuştur.

⁶⁹ Devletin 2. madde bağlamında negatif yükümlülüğüne dair değerlendirmeler için bkz. **Özkan Duvan**, s. 663 vd.

Armani Da Silva kararı bu bağlamda içtihadın gelişimi ve şekillenmesi bakımından önemli bir kırılma noktası olmuştur.

Armani Da Silva kararı hem maddi ceza hukukuna hem de ceza muhakemesi hukukuna çeşitli açılardan temas eden, özel ve nitelikli bir karardır. Her ne kadar Mahkeme tarafından benimsenen içtihada bir yönüyle iştirak etmemiş isek de kararın hem meşru savunmada hata kurallarının yorumu hem de etkin soruşturma yükümlülüğünde kovuşturmanın rolü bakımından önemli açılımlar getirdiğini ve Mahkeme içtihadının gelişiminde ve yorumlanmasında kritik bir karar olduğu kanısındayız.

KAYNAKÇA

Akademik Kaynaklar

- Ariav R**, National Investigations of Human Rights Between National and International Law, Goettingen Journal of International Law, 4(3), 2012, 853-871.
- Bilge B**, AİHM İçtihatları Bağlamında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5, 2014, 367-406.
- Chevalier-Watts J**, Effective Investigations Under Article 2 of the European Convention on Human Rights: Securing the Right to Life or an Onerous Burden on a State?, The European Journal of International Law, 21(3), 2010, 701-721.
- Council of Europe/European Court of Human Rights**, The Nature and The Scope of The Procedural Obligation Under Article 2 of the Convention to Punish Those Responsible for Breaches of the Right to Life in Cases Concerning the Use of Lethal Force by State Agents, 2015.
- Deveci A**, Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı İhlallerinde Etkin Soruşturma Yapma Yükümlülüğü, Yüksek Lisans Tezi, Kayseri, 2014.
- Foster S, Leigh G**, Self-defence and the Right to Life: the Use of Lethal Or Potentially Lethal Force, UK Domestic Law, the Common Law and Article 2 ECHR, European Human Rights Law Review, 4, 2016, 389-410.
- Metin Y**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler, Uluslararası İlişkiler, 7(27), 2010, 111-132.
- Norrie A**, The Problem Of Mistaken Self-Defense: Citizenship, Chiasmus, and Legal Form, New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal, 13(2), 2010, 357-378.
- Özkan Duvan A**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. Maddesi Çerçevesinde Yaşam Hakkının Korunmasında Devletin Yükümlülüğü, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 24(2), 2018, 660-681.
- Şahin C, Göktürk N**, Ceza Muhakemesi Hukuku-I, 12. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.

Wang C, The Police Are Innocent As Long As They Honestly Believe: The Human Rights Problems With English Self-Defense Law, Columbia Human Rights Law Review, 49 (3), 2018, 373-414.

Mahkeme Kararları

Al Nashiri v. Polonya, 24.07.2014, no. 28761/11.

Al-Skeini ve diğerleri v. Birleşik Krallık, 07.07.2011, no. 55721/07.

Angelova v. Bulgaristan, 13.06.2002, no. 38361/97.

Armani Da Silva v. Birleşik Krallık, 30.03.2016, no. 5878/08.

Brecknell v. Birleşik Krallık, 27.11.2007, no. 32457/04.

Hugh Jordan v. Birleşik Krallık, 04.05.2001, no. 24746/94.

Giuliani ve Gaggio v. İtalya, 24.03.2011, no. 23458/02.

Güleç v. Türkiye, 27.07.1998, no. 54/1997/838/1044.

Gürtekin ve diğerleri v. Kıbrıs, 11.03.2014, 60441/13, 68206/13 ve 68667/13.

Kaya v. Türkiye, 19.02.1998, no. 158/1996/777/978.

Keenan v. Birleşik Krallık, 03.04.2001, no. 27229/95.

Kurt v. Türkiye, 25.05.1998, no. 15/1997/799/1002.

McCann ve diğerleri v. Birleşik Krallık, 27.09.1995, no. 17/1994/464/545.

Mocanu ve diğerleri v. Romanya, 17.09.2014, no. 10865/09, 45886/07 ve 32431/08.

Mustafa Tunç ve Fecire Tunç v. Türkiye, 14.04.2015, no. 24014/05.

Oğur v. Türkiye, 20.05.1999, no. 21594/93.

Osman v. Birleşik Krallık, 28.10.1998, no. 87/1997/871/1083.

Petrović v. Sırbistan, 15.07.2014, no. 40485/08.

Ramsahai ve diğerleri v. Hollanda, 15.05.2007, no. 52391/99.

Yaşa v. Türkiye, 02.09.1998, no. 63/1997/847/1054.

ULUSLARARASI ADALET DİVANI'NIN LAGRAND KARARI İNCELEMESİ

LaGrand Case Review Of International Court Of Justice

Şeyma Nur DEMİRAY*, Meryem YILDIRIM**

Özet

LaGrand Kararı, temelde Amerika Birleşik Devletleri ve Almanya'nın tarafı olduğu 1963 Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi'nin konsolosluk yardımı hakkını düzenleyen 36. maddesinin ihlalini konu edinmektedir. Sözleşme'nin 36. maddesinin ihlal edilmesi ile alakalı olarak Amerika Birleşik Devletleri, sözü edilen hakkı ihlal ettiği iddiasıyla Uluslararası Adalet Divanı önünde birçok defa uyuşmazlığın tarafı olmuşsa da LaGrand Kararı konsolosluk haklarının aynı zamanda bireysel hak olduğunun açıkça kabul edilmesi, geçici önlem kararlarının bağlayıcı olduğunun ilk defa bu kararda tespit edilmesi gibi noktalar nedeniyle diğer kararlardan ayrılmaktadır. Bu çalışma ile de, LaGrand kararının genel olarak incelenmesi ve adı geçen karara ilişkin Divan'ın önemli tespitlerinin değerlendirilmesi hedeflenmektedir.

Anahtar Kavramlar: *Diplomatik Koruma, Geçici Önlemler, Bireysel Haklar, 1963 Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi.*

Abstract

The LaGrand Case primarily concerns the violation of Article 36 of the 1963 Vienna Convention on Consular Relations, to which the United States and Germany are parties, and regulates the right to consular assistance. Even though the United States of America has been frequently a party to disputes regarding this issue before the International Court of Justice, claiming that this right was violated by the US, the LaGrand Decision stands out from other rulings due to its explicit recognition that consular rights are also individual rights and because it was the first to rule that provisional measures are binding. With this study, it is aimed to examine the LaGrand

* Araştırma Görevlisi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Milletlerarası Hukuk Ana Bilim Dalı, Ankara, Türkiye, e-posta: seyma.demiray@hbv.edu.tr

ORCID: 0000-0003-0807-367X.

** Araştırma Görevlisi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Milletlerarası Hukuk Ana Bilim Dalı, Ankara, Türkiye, e-posta: yildirim.meryem@hbv.edu.tr

ORCID: 0000-0002-0813-6450.

decision in general and to evaluate the crucial conclusions reached by the Court regarding aforementioned decision.

Keywords: *Diplomatic Protection, Provisional Measures, Individual Rights, 1963 Vienna Convention on Consular Relations.*

GİRİŞ

Uluslararası hukuk öğretisinin klasik döneminde devlet, tek aktör konumundadır. Bireyin ise uluslararası hukukta görünürlüğü klasik dönemde neredeyse yoktur. II. Dünya Savaşı sonrası insan haklarının gelişimi ile birlikte bireyin de uluslararası hukukta etkinliği artmıştır. Ancak, klasik dönem uluslararası hukuk anlayışında bireyin korunması veya uğradığı zararın giderimi konusunda insan hakları mekanizmalarına rastlanılmamaktadır. Bunun yerine diplomatik koruma kurumu devreye girmektedir. Diplomatik korumanın her ne kadar uzlaşmış bir tanımı olmasa da, bu hukuki kurum şu şekilde tanımlanabilir: Diplomatik koruma, bir devletin vatandaşının yabancı devlette uluslararası hukuka aykırı fiil nedeniyle uğradığı zararı dolayısıyla, vatandaş devlet tarafından zarar veren devletin uluslararası sorumluluğunun ileri sürülebilmesidir. Diplomatik koruma aslında devlet egemenliğinin bir yansıması olup, bireyin uğradığı zararın devletin zararı olarak algılanması sonucunu doğurmuştur.

Uluslararası Adalet Divanı(UAD) önüne, diplomatik koruma kurumuna ait birçok uyuşmazlık getirilmiştir. Bunlardan biri de Almanya ve Amerika Birleşik Devletleri (ABD) arasındaki uyuşmazlığı konu alan LaGrand davasıdır. Walter ve Karl LaGrand kardeşlerin idam edilmesi ile sonuçlanan uyuşmazlık konusu, uluslararası hukuk bakımından birkaç önemli tespite ev sahipliği yapmaktadır. Bu davada, Almanya 1963 Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşme'nin 36. maddesinin ihlal edildiğini, bu durumun diplomatik korumaya başvurusunu engellediğini belirtmiş ve her iki iddiası bakımından da Divan'dan ihlal kararının tespitini talep etmiştir. Ayrıca, Almanya Sözleşme'nin 36. maddesinin bireysel bir hak oluşturduğu dile getirmiştir. Belirtilen bu konularda Divan, önemli tespitlerde bulunmuş ve klasik dönem uluslararası hukuk anlayışına ait olan diplomatik koruma kurumunu günümüz insan hakları mekanizmalarına yaklaştırmıştır. Öte yandan Almanya, Divan'dan geçici önlemlere başvurulmasını istemiş, Ancak, ABD bu tedbirlere uymamıştır. Aynı zamanda Almanya, ABD'nin ulusal hukukunda Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi'nden

kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmesini engelleyen ulusal hukuk düzenlemelerinin ve uygulamalarının tespit edilmesini istemiştir. Son olarak Almanya, ABD'nin, Alman vatandaşlarına yönelik gerçekleştirebileceği gelecekteki muhtemel ihlallere karşı Divan'dan güvence istemiştir.

Bu çalışmada diplomatik koruma kurumu ve bu kurumun Sözleşme'nin 36. maddesinde yer alan konsolosluk yardımı hakkı, geçici önlemlerin bağlayıcılığı ve ulusal/uluslararası hukuk ilişkisi ile bağlantısı incelenmiştir. Çalışmanın ilk bölümünde, dava konusuna kısaca değinilmiş ve her iki tarafın iddiaları, kabul edilebilirlik ve yetki itirazları genel olarak değerlendirilmiş, ikinci bölümde ise esasa ilişkin iddialar ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir.

I. KARARA İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

Uluslararası Adalet Divanı'nın 21 Haziran 2001 tarihinde nihai kararını verdiği LaGrand davası ABD ile Almanya arasında vuku bulmuştur. Dava konusu uyuşmazlıkta bahsedilen LaGrand kardeşler, 7 Ocak 1982'de Marana, Arizona'daki bir banka soygununa karıştıkları ve bu soygun sırasında banka müdürünün ölmesine ve bir başka çalışanın yaralanmasına neden oldukları şüphesiyle ABD tarafından tutuklanmışlar ve neticesinde idama giden yargılama sürecinin parçası olmuşlardır.¹ Walter ve Karl LaGrand sırasıyla 1962 ve 1963'te Almanya'da doğmuşlar ve 1967'de anneleri tarafından ABD'ye götürülmüşlerdir. Bu süreçte sadece bir kez, 1974 yılında altı aylığına, Almanya'da bulunmuşlardır. Hayatlarının çoğunda ABD'de yaşamalarına ve bir ABD vatandaşı tarafından evlat edinilmelerine rağmen her zaman Alman vatandaşı olarak kalmışlar ve hiçbir zaman ABD vatandaşlığına geçmemişlerdir.²

17 Şubat 1984'te her ikisi de Arizona, Pima Yüksek Mahkemesi'nde yargılanarak, birinci dereceden cinayet, birinci dereceden cinayete teşebbüs, silahlı soyguna teşebbüs ve iki kaçırma suçundan mahkûm edilmişlerdir. 14 Aralık 1984'te, her biri birinci dereceden cinayetten ve diğer suçlamalardan eş zamanlı olarak hapis cezasına çarptırılmışlardır.³ Bu dava sonrasında LaGrand kardeşlerin Alman vatandaşı olması ve Almanya'nın Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi'ne⁴ taraf olması sebebiyle Almanya, ABD

¹ ICJ, LaGrand Case (*Germany v. United States of America*), Judgement Merits, 27 June 2001.

² LaGrand Case, para.13.

³ LaGrand Case, para.14.

⁴ Çalışmada bundan sonra "Viyana Sözleşmesi" olarak kullanılacaktır. "Konsolosluk İlişkileri

tarafından bu Sözleşme'nin ihlal edildiği gerekçesiyle UAD önünde dava açmıştır. ABD'nin bu Sözleşme kapsamında karşılaştığı ilk dava LaGrand kardeşlerin davası değildir. Gerçekten de Paraguay vatandaşı olan Angel Francisco Breard'ın⁵ aynı LaGrand kardeşler gibi mahkûm edilmesi sonrasında Viyana Sözleşmesi'ndeki haklarından haberdar edilmemiştir. Paraguay, UAD'na başvurmuş ve Divan'dan geçici önlemlerin alınmasını istemiştir ve fakat Angel Francisco Breard'in idam edilmesine engel olunamamıştır. Bunun üzerine Paraguay, 2 Kasım 1998 tarihli muhtırasında, yargılamayı peşin hükümlerle sona erdirmek istediğini belirtmiş ve Divan, 10 Kasım 1998'de devamsızlığın kayda alınmasına ve davanın listeden çıkarılmasına hükmeden bir emir çıkarmıştır.

ABD'nin Viyana Sözleşmesi kapsamında sicili parlak olmamasına rağmen aynı hataları LaGrand davasında da yapmıştır. Hatta ABD Dışişleri Bakanlığı, Viyana Sözleşmesi'ne uyulmaması sorununu çözmek için, yerel ve eyalet kolluk kuvvetlerine kapsamlı eğitim materyalleri sunarak uyumu artırmaya çalıştığı görülmektedir.⁶

Hem Almanya hem de ABD, Viyana Sözleşmesi'ne taraftırlar.⁷ Bu Sözleşme'nin 36. maddesi⁸ konsolosluk yardımına ilişkindir. LaGrand

Hakkında Viyana Sözleşmesi” (Resmi Gazete, No:15369, 27.09.1975) <https://www.resmi-gazete.gov.tr/arsiv/15369.pdf> Erişim Tarihi: 04.07.2022. İngilizce metni için bkz.: “United Nations Treaty Collection” (United Nations), https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtsg_no=III-6&chapter=3 Erişim Tarihi: 04.07.2022.

⁵ ICJ, Case Concerning The Vienna Convention on Consular Relations (*Paraguay v. United States of America*), I.C.J Reports, 9 June 1988.

⁶ Cindy Galway Buys, “Reflections On The 50th Anniversary Of The Vienna Convention On Consular Relations”, *Southern Illinois University Law Journal*, 2013, 38(57), s. 64

⁷ “Viyana Konsolosluk Sözleşmesi'nin ilk imzacılarından biri olan ABD, 1969'a kadar Sözleşme'yi onaylamadı. Altı yıllık gecikme, ABD'nin çok taraflı Viyana Sözleşmesi'ne katılıp katılmaması veya ikili anlaşmaları müzakere etmeye devam etmesi konusunda Yürütme Organı ile yaşanan anlaşmazlıktan kaynaklanıyordu.” Mark J Kadish, “Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations: A Search for the Right to Consul”, *Michigan Journal of International Law*, 1997, vol. 18, no. 4, 565-614, s. 568. Michael John Garcia, “Vienna Convention on Consular Relations: Overview of U.S. Implementation and International Court of Justice (ICJ) Interpretation of Consular Notification Requirements”, Congressional Information Service, Library of Congress, 2004, s. 4. 24 Nisan 1963 tarihli Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi'ne Türkiye de 20 Mayıs 1975'te katılmış, söz konusu Sözleşme'nin uygun bulma kanunu 27 Eylül 1975'te Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

⁸ **Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi (Madde 36)**

Gönderen Devlet uyrukları ile temas

“1. Gönderen Devlet'in uyruklarına ilişkin konsolosluk görevlerinin yerine getirilmesinin

kardeşlerin mahkûm edildiği ve yargılandığı sırada, ABD yetkili makamlarının LaGrand kardeşlere Viyana Sözleşmesi'nin bu hükmünün gerektirdiği bilgileri sağlamadığı ve LaGrand kardeşlerin tutuklanması hakkında ilgili Alman konsolosluk makamını bilgilendirmediği tartışmasız bir konu olarak gündeme gelmiştir.⁹ LaGrand kardeşler maddi durumları nedeniyle kendi seçtikleri bir müdafî tarafından değil, mahkemenin onlara atadığı bir müdafî tarafından temsil edilmişlerdir. Ancak, görevlendirilen müdafî Viyana Sözleşmesi hükümlerine uyulmaması konusunu gündeme getirmemiş ve Alman konsolosluk makamlarıyla temasa geçme girişiminde bulunmamıştır.¹⁰ Hatta Birleşik Devletler yetkilileri ve Alman makamları arasında, iki kardeşin Alman vatandaşı olduğunu ne zamandır bildikleri veya ne zamandan itibaren bilmeleri gerektiği konusunda bazı tartışmalar da çıkmıştır. Alman konsolosluğu, uyuşuklarından ancak Haziran 1992'de, haklarını başka kaynaklardan öğrenmiş olan LaGrand kardeşler tarafından haberdar edildiklerini belirtmişlerdir. ABD tarafından, o zamana kadar LaGrand kardeşlerin kendilerinin Alman vatandaşı olduklarını bilmedikleri öne sürülmüştür.¹¹ Almanya, Arizona makamlarının

kolaylaştırılması amacıyla:

a) Konsolosluk memurları gönderen Devlet'in uyuşukları ile görüşmek ve onları ziyaret etmek serbestisine sahip olacaklardır. Gönderen Devlet'in uyuşukları da keza konsolosluk memurları ile görüşmek ve onları ziyaret etmek serbestisine sahip olacaklardır.

b) İlgili talep ettiği takdirde, kabul eden Devlet'in yetkili makamları gönderen Devlet'in bir uyuşukunun gönderen Devlet konsolosluğu görev çevresinde tutuklanmasından, hapsedilmesinden veya önleyici mahiyette veya herhangi bir şekilde gözaltına alınmasından vakit geçirmeksizin söz konusu konsolosluk haberdar edeceklerdir. Tutuklanmış, hapsedilmiş veya önleyici mahiyette veya herhangi bir şekilde göz altına alınmış olan kişiden konsolosluğa hitaben sadır olmuş her türlü haber, keza, anılan makamlarca derhal konsolosluğa intikal ettirilecek ve yine bu makamlar, bu bentle tanınmış olan haklar hakkında ilgili kişiye gecikmeksizin bilgi vereceklerdir.

c) Konsolosluk memurları, hapsedilmiş, önleyici mahiyette veya herhangi bir şekilde gözaltına alınmış olan gönderen Devlet'in uyuşukunu ziyaret etmek, onunla görüşmek ve muhaberetatta bulunmak ve onun mahkemeler önünde temsilini sağlamak hakkına sahiptirler. Konsolosluk memurları, keza kendi konsolosluk görev çevresinde, bu hükmün yerine getirilmesi amacıyla hapsedilmiş veya gözaltına alınmış olan gönderen Devlet'in uyuşukunu ziyaret etmek hakkına sahiptirler. Bununla beraber, konsolosluk memurları, hapsedilmiş veya önleyici mahiyette veya herhangi bir şekilde gözaltına alınmış bulunan bir vatandaşın açıkça muhalefet etmesi halinde, bu vatandaş lehine müdahalede bulunmaktan kaçınacaklardır.

2. Bu maddenin 1. fıkrasında İstihdaf olunan haklar, kabul eden Devletin kanun ve düzenlemeleri çerçevesinde kullanılacaktır. Bununla beraber, bu kanun ve düzenlemeler bu maddeyle tanınmış olan hakların tam olarak kullanılmasına imkân vereceklerdir.”

⁹ LaGrand Case, para. 15.

¹⁰ LaGrand Case, para. 17.

¹¹ Robert Jennings, “The Lagrand Case.” *Law & Practice of International Courts and Tribu-*

en başından beri bunun farkında olduğunu ve özellikle denetimli serbestlik memurlarının Nisan 1982 tarihine kadar LaGrand kardeşlerin uyruklarını bildiklerini savunmuştur ve fakat ABD, tutuklandıkları sırada LaGrand kardeşlerin hiçbirinin kendisini tutuklama makamlarına Alman vatandaşı olarak tanıtmadığının altını çizmiştir.¹² Ayrıca, her ne kadar göçmenlik makamları veya denetimli serbestlik memurları gibi diğer makamların en geç 1983 yılının ortalarında veya 1984 yılının sonlarında bunun farkında oldukları bilirse bile ABD, bunların Sözleşme'de belirtilen “yetkili makamlar” olmadığını öne sürmüştür.¹³

Arizona, Pima Yüksek Mahkemesi tarafından verilen mahkûmiyete daha sonra LaGrand kardeşler tarafından üç aşamada itiraz edilmiştir. Mahkûmiyetlerden sonra, 1991 yılında LaGrand kardeşler adına hem Arizona Temyiz Mahkemesi hem de ABD Yüksek Mahkemesi önünde iki temyiz davası açılmıştır; ancak her iki başvuru da LaGrand kardeşler için olumlu sonuçlanmamıştır.¹⁴

Son olarak, LaGrand kardeşler Arizona Bölge Mahkemesi'ne *habeas corpus*¹⁵ kapsamında bir başvuruda bulunarak ölüm cezalarının eğer bu olmaz ise en azından tutukluluklarının tekrar gözden geçirilmesi talebinde bulunmuşlardır.¹⁶ Bu başvuru ABD hukuk doktrini olan usuli hata¹⁷ gerekçesi

nals, vol. 1, no.1, March 2002, 13-54, s. 14. LaGrand Case, para. 16.

¹² LaGrand Case, para. 16.

¹³ LaGrand Case, para. 16.

¹⁴ “İlk dava dizisi, 30 Ocak 1987’de bu mahkeme tarafından reddedilen Arizona Yüksek Mahkemesi’ne verilen mahkûmiyet ve cezalara karşı yapılan temyiz başvurularından oluşuyordu. Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi, takdir yetkisini kullanırken LaGrand kardeşlerin 5 Ekim 1987’de bu kararların daha fazla gözden geçirilmesi için yaptığı başvuruları reddetmiştir.” LaGrand Case, para. 19.

“İkinci dava dizisi, LaGrand kardeşlerin 1989’da bir Arizona eyalet mahkemesi tarafından reddedilen mahkûmiyet sonrası mağduriyetlerinin giderilmesi için dilekçelerini içeriyordu. Bu kararın gözden geçirilmesi 1990 yılında Arizona Yüksek Mahkemesi ve 1991 yılında Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi tarafından reddedildi.” La Grand Case, para. 20.

¹⁵ Habeas corpus emri, bir hükümlünün mahkûmiyet kararının ve tutuklanmasının anayasaya uygunluğunu inceleyen, gayrimeşru olarak hapsedilmekten ya da alıkoymalardan koruyan, Anglosakson hukuk geleneğinde yerleşmiş bir mahkeme emridir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Metin Feyzioğlu, “Anglo Sakson ve Anglo Amerikan Hukuk Düzenlerinde Habeas Corpus Kurumu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1995, (44), 665-688.

¹⁶ LaGrand Case, para. 23.

¹⁷ “*Procedural default*” olarak belirtilen bu kavram LaGrand kararında ABD hukukunda bir eyalet mahkemesinde yargılanan sanığın federal mahkemede lehine hüküm elde edebilmesi

ile reddedilmiştir ve bu karar Divan'ın kararın da tartıştığı konular arasına girmiştir.

21 Aralık 1998'de LaGrand kardeşler, Birleşik Devletler yetkilileri tarafından konsolosluk erişim hakları konusunda resmen bilgilendirilmişlerdir.¹⁸

15 Ocak 1999'da Arizona Yüksek Mahkemesi, Karl LaGrand'ın 24 Şubat 1999'da ve Walter LaGrand'ın 3 Mart 1999'da idam edilmesine karar vermiştir. Arizona Mahkemesi'ndeki yargılamalar 24 Şubat 1999'a kadar devam etmiş, ancak olumlu bir sonuç elde edilememiş ve Karl LaGrand aynı gün idam edilmiştir. Almanya, Walter LaGrand için UAD'ye başvurmuş ve idamın durdurulması için geçici önlemler alınmasını istemiştir. Divan, ABD'den Walter LaGrand'ın idam edilmemesini sağlamak için elindeki tüm önlemleri almasını istemiştir ve fakat ABD, geçici önlem kararlarına uymamış ve Walter LaGrand'ı aynı gün idam etmiştir.¹⁹

II. ESAS HAKKINDA YARGILAMA

A. Tarafların İddiaları

Almanya, temelde dört başlık altında iddialarda bulunmuştur. Bunların ikisini başvuru sırasında diğer ikisini de sözlü yargılama sırasında belirtmiş olup bu çalışmada son hali olan dört temel iddia esas alınmıştır. Almanya'nın iddiaları şöyle özetlenebilir:²⁰

in için ileri süreceği iddianın öncelikle bir eyalet mahkemesine sunulması gerektiğine dair federal bir usul kuralı olarak tanımlanmıştır. LaGrand Case, para. 23. “*Usuli hata*” şeklindeki Türkçe çevirisi bu çalışma kapsamında kullanılmıştır.

¹⁸ LaGrand Case, para. 24.

¹⁹ Riley J. Graebner, “Dialogue and Divergence: The Vienna Convention on Consular Relations in German, American, and International Courts”, *Georgetown Journal of International Law*, 2011, vol. 42, no. 2, 605-622, s. 609.

²⁰ “Federal Almanya Cumhuriyeti, Mahkeme'den aşağıdaki kararları vermesini ve beyanda bulunmasını saygıyla talep eder:

1. Amerika Birleşik Devletleri'nin, Karl ve Walter LaGrand'ı Viyana Konsolosluk İlişkileri Sözleşmesi'nin 36. maddesinin 1(b) bendi uyarınca haklarının tutuklanmasından sonra gecikmeksizin bilgilendirmeyerek ve Almanya'nın, nihayetinde Karl ve Walter LaGrand'ın idamıyla sonuçlanan sürede konsolosluk yardımı hakkı kapsamında müdahale edemediği, Almanya'ya karşı uluslararası yasal yükümlülüklerini, kendi başına ve söz konusu Sözleşme'nin 5. ve 36. maddelerinin 1. paragrafı uyarınca diplomatik koruma hakkını ihlal ettiğini;
2. Amerika Birleşik Devletleri'nin, iç hukuk kurallarını, özellikle de Karl ve Walter LaGrand'ın Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi kapsamındaki iddialarını dile getirmelerini yasaklayan “*usuli hata*” doktrinini uygulayarak ve nihayetinde

- Viyana Konsolosluk İlişkileri Sözleşmesi'nin 5. ve 36. maddelerinin 1. paragrafı uyarınca diplomatik koruma hakkının ihlal edildiği,
- ABD'nin ulusal hukuk kuralları (usuli hata doktrini) nedeniyle Sözleşme'nin 36. maddesinin ihlal edildiğini,
- ABD'nin geçici önlem kararlarına uyma konusunda uluslararası yasal yükümlülüklerini ihlal ettiğini,
- İlerde benzer davalarda özellikle de idam cezası öngörülen davalarda ABD'nin Alman vatandaşlarının Konsolosluk İlişkilerine İlişkin Viyana Sözleşmesi'nin 36. maddesi kapsamındaki haklarını etkili bir şekilde kullanılmalarını yasal olarak sağlamayı garanti ve taahhüt etmesini Divan'dan istemektedir.

ABD'nin ise iddiaları Almanya'nın ileri sürdüklerinden daha basit bir biçimde sıralanabilmektedir.²¹ Çünkü ABD, Karl ve Walter LaGrand davası kapsamında Viyana Konsolosluk İlişkileri Sözleşmesi'nin 36. maddesinin 1

söz konusu Sözleşme'nin 36. maddesi uyarınca tanınan hakların amaçlarına uygun kullanılmayarak, Viyana Sözleşmesi'nin 36. maddesinin 2. paragrafı uyarınca Almanya'ya karşı uluslararası yasal yükümlülüğünü ihlal ettiğini;

3. Amerika Birleşik Devletleri'nin, Walter LaGrand'ın Uluslararası Adalet Divanı'nın konuyla ilgili 3 Mart 1999 tarihinde yayınlanan Geçici Önlemler Kararına uyma konusundaki uluslararası nihai kararını dikkate almayarak (Walter LaGrand) idam edilmesini sağlamak için elindeki tüm önlemleri gerçekleştirilerek ve adli işlemler devam ederken uyuşmazlık konusu ile ilgili herhangi bir eylemden kaçınmayarak yasal yükümlülüğünü ihlal ettiğini;

ve yukarıda belirtilen uluslararası yasal yükümlülükler uyarınca,

4. Amerika Birleşik Devletleri'nin Almanya'ya karşı yasadışı eylemlerini ilderde tekrarlamayacağına dair bir güvence vereceğini ve gelecekte Alman vatandaşlarına karşı herhangi bir gözaltı veya cezai kovuşturma durumunda, Amerika Birleşik Devletleri'nin, Konsolosluk İlişkilerine İlişkin Viyana Sözleşmesi'nin 36. maddesi kapsamındaki hakların etkili bir şekilde kullanılmasını yasal olarak sağlayacağını ve uygulayacağını taahhüt etmesi, özellikle ölüm cezasını içeren davalarda, Amerika Birleşik Devletleri'nin 36. madde kapsamındaki hakların ihlali nedeniyle bozulan cezai mahkûmiyetlerin etkili bir şekilde gözden geçirilmesini ve çözüm yollarını sağlamasına dair gerekli önlemleri almalıdır.

²¹ Amerika Birleşik Devletleri, Divan'dan saygıyla şu kararları almasını ve beyan etmesini talep eder:

1. Viyana Konsolosluk İlişkileri Sözleşmesi'nin 36. maddesinin 1(b) fıkrası uyarınca ABD'nin Almanya'ya karşı yükümlülüğünün ihlali söz konusu olmuştur. Çünkü Amerika Birleşik Devletleri'nin yetkili makamları Karl ve Walter LaGrand'a bu maddenin gerektirdiği bildirim derhal yapmamıştır ve Amerika Birleşik Devletleri bu ihlal için Almanya'dan özür dilemiştir ve herhangi bir tekrarı önlemeyi amaçlayan güvenceleri önemli ölçüde ele almaktadır ve
2. Federal Almanya Cumhuriyeti'nin diğer tüm iddia ve başvurularının reddedilmesini istemektedir. LaGrand Case, para. 12.

(b) paragrafı uyarınca Almanya'ya karşı uluslararası yükümlülüklerini ihlal ettiğini kabul etmiş ve özür dilemiştir. Bunun dışında kalan Almanya'nın bütün iddialarının ret edilmesini Divan'dan istemiştir.

Bu iddialar diğer başlıklarda ele alınacağı için bu başlıkta detaya girilmemektedir.

B. Kabul Edilebilirliğe ve Divan'ın Yargı Yetkisine İlişkin İtirazlar

Daha önce belirtildiği gibi hem ABD hem de Almanya Viyana Konsolosluk İlişkileri Sözleşmesi'ne taraftırlar. Bunun yanında her iki devlet Viyana Konsolosluk İlişkileri Sözleşmesi'nin İhtiyari Protokolü'ne²² de taraftırlar. Bu protokol, taraflara uyuşmazlıkların çözümü konusunda yol göstermektedir. Almanya, başvurusunu İhtiyari Protokol'ün 1. maddesine²³ dayandırmaktadır. Bu nedenle taraflar arasında kabul edilebilirlik ve Divan'ın yargı yetkisi konusunda temel sorun, Sözleşme'nin yorumlanmasından veya uygulanmasından kaynaklanan herhangi bir anlaşmazlık olup olmadığı orijiniinde ortaya çıkmıştır.²⁴ Çünkü ABD, Divan'ın bu uyuşmazlık konusunda yargı yetkisinin olmadığını ileri sürmüştür. Divan, yargı yetkisini belirlerken Almanya'nın dört iddiası çerçevesinde bir değerlendirme yapma yolunu tercih etmiştir. Hatta bu değerlendirmeyi yaparken, esasa ilişkin değerlendirmesi ile arasında bir fark olmadığı yönünde eleştirilere de maruz kalmıştır.²⁵

ABD, Viyana Sözleşmesi'nin 36. maddesinin 1 (b) paragrafı uyarınca Almanya'ya karşı yükümlülüğünün ihlali söz konusu olduğunu kabul etmiş, bu minvalde yargı yetkisi konusunda bir itirazda bulunmamıştır. Ancak, Almanya'nın iki vatandaşının şahsında zarara uğradığı ve vatandaşlarının diplomatik koruma haklarından yararlanamadığı yönündeki daha sonraki Alman iddiası üzerine yargı yetkisini kabul etmemiştir.²⁶ ABD, bu konudaki argümanlarını sözlü yargılamada genişletmiş ve diplomatik korumanın

²² “Optional Protocol to the Vienna Convention on Consular Relations concerning the Compulsory Settlement of Disputes” (United Nations), https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-8&chapter=3 Erişim Tarihi: 04.07.2022.

²³ **Madde I**

Sözleşmenin yorumlanmasından veya uygulanmasından doğan uyuşmazlıklar, Uluslararası Adalet Divanı'nın zorunlu yargı yetkisi dâhilindedir ve buna göre, uyuşmazlık, bu Protokol'e taraf devletin yaptığı bir başvuru ile Mahkemeye çıkarılabilir.

²⁴ Jennings, s. 21.

²⁵ Jennings, s. 21.

²⁶ LaGrand Case, para. 39; Jennings, s. 23.

uluslararası örf ve adet kuralı olduğunu ve bunun Sözleşme hükümleriyle bir ilişkisi olmadığını belirtmiş ve diplomatik korumanın Sözleşme'nin yorumlanması veya uygulanması çerçevesinin dışında kalacağını, bu yüzden de Divan'ın yargı yetkisini aştığını ileri sürmüştür.²⁷ ABD, Viyana Sözleşmesi'nin diplomatik korumayı içermediğini, konsolosluk yardımı hakkının Sözleşme sonucu ortaya çıktığını vurgulamıştır. Almanya'nın yanıtı ise, Viyana Sözleşmesi'nin İhtiyari Protokol'de kullanılan anlamda uygulanabilirliğinin, uyruk devletinin ilgili iddialarını savunması da dâhil olmak üzere, Viyana Sözleşmesi kapsamındaki bireysel hakların ihlalinin sonuçlarını da kapsayabileceği yönünde olmuştur.²⁸

Divan, ABD'nin, Almanya'nın LaGrand kardeşlerin bireysel haklarına dayanan iddiasının Divan'ın yargı yetkisinin ötesinde olduğu yönündeki iddiasını kabul edilemez bulmuştur. Çünkü diplomatik koruma uluslararası hukukun bir kavramıdır. Bu gerçek, bireysel haklar yaratan bir andlaşmaya taraf olan bir devletin, vatandaşlarından birinin davasını bu hak kapsamında ele almasını ve bir andlaşmaya dayanarak uluslararası adli işlemler başlatmasını engellemeyeceğine karar vermiştir.²⁹ Divan'ın bu kararının yargı yetkisinden daha çok esasa ilişkin olduğu açıkça görülmektedir.

ABD, Almanya'nın ikinci iddiasıyla ilgili olarak Divan'ın yargı yetkisine itiraz etmemektedir. Bu nedenle, geçici önlemleri belirten 3 Mart 1999 tarihli Divan kararının bağlayıcı niteliği ile ilgili üçüncü iddia üzerinden Divan, yargı yetkisi konusunu ele almamıştır.³⁰ Bununla birlikte, ABD, bu başvurunun kabul edilemez olduğunu ve Divan'ın başvuruda hüküm vermek zorunda kalmadan bu davanın esasını her açıdan değerlendirerek bitirebileceğini belirtmiştir.

ABD nihayetinde, Divan'ın, tazminata ek olarak, Viyana Sözleşmesi'nin ihlallerinin tekrarlanmasına karşı bir güvence talep eden Almanya'nın dördüncü başvurusu üzerindeki yargı yetkisine itiraz etmiştir. Bu, Divan tarafından mantıklı olarak, bir mahkemenin anlaşmazlık üzerinde yargı yetkisine sahip olduğu durumlarda, aynı zamanda uygun çözüm yolları

²⁷ LaGrand Case, para. 40.

²⁸ Tim Stephens, "The LaGrand case (Federal Republic of Germany v United States of America): the right to information on consular assistance under the Vienna Convention on Consular Relations. A right for what purpose?" *Melbourne Journal of International Law*, 2002, 3(1), 143-164, s. 152.

²⁹ LaGrand Case, para. 42.

³⁰ LaGrand Case, para. 43.

hakkındaki herhangi bir anlaşmazlık üzerinde de yargı yetkisine sahip olması gerektiği gerekçesiyle değerlendirilmiş ve yargı yetkisinin olduğu sonucuna varılmıştır.³¹

ABD, Almanya'nın ikinci, üçüncü ve dördüncü iddialarının ayrıca kabul edilemez olduğunu da belirtmiştir. Almanya'nın taleplerinin Divan'ı, ulusal ceza yargılamasında nihai temyiz mahkemesine büründüreceğini gerekçe olarak göstermiştir.³² Almanya ise böyle bir talebinin olmadığını sadece Viyana Sözleşmesi kapsamında uluslararası sorumluluğunu ihlal ettiğine yönelik bir karar verilmesini Divan'dan istediğini belirtmiştir.

Divan, Almanya'nın, Viyana Sözleşmesi'nin uygulanması çerçevesinde Amerikan mahkemelerinin uygulamalarıyla kapsamlı bir şekilde ilgilenmesine rağmen, her üç iddiada da Divan'dan bu davanın tarafları arasındaki ihtilafli konularla ilgili olarak uluslararası hukuk kurallarını uygulamaktan başka bir şey yapmasını talep etmeye çalışmadığını belirtmiştir.³³ Ayrıca Divan, ABD'nin ulusal ceza yargılamasında nihai temyiz mahkemesi rolünü üstlendiği iddiasına cevaben; Divan İç Tüzüğü'nün 38. maddesi tarafından açıkça zorunlu kılınan yükümlülüğünü yerine getirmesinin, Divan'ı ulusal cezai kovuşturmaların temyiz mahkemesine dönüştürmeyeceği gerçeğine vurgu yaparak cevap vermiştir.³⁴ Divan bu şekilde, tamamen tatmin edici olmasa da sadece Birleşik Devletler iç hukukunun işleyişi ile ilgili olarak değil, aynı zamanda federal bir devletin belirli iç hukuk sorunlarına da değinen bazı argümanların etrafından dolanarak ciddi tartışmalardan kaçınmıştır.³⁵

ABD ayrıca, Almanya'nın üçüncü, yani geçici önlemler hakkındaki iddialarının Almanya tarafından Divan önünde görüşülme şekli nedeniyle kabul edilemez olduğunu savunmuştur. Şöyle ki, Alman konsolosluk yetkililerinin 1992'de LaGrand kardeşlerin davalarından haberdar olduklarını, ancak Alman Hükümeti'nin altı buçuk yıl boyunca ABD makamlarına bu konuyla ilgili bir başvuru yapmadıklarını belirtmiştir. Konsolosluk bildirimının yokluğu konusunun, Karl LaGrand'ın idam edilmesi için planlanan tarihten iki gün önce, 22 Şubat 1999 tarihine kadar, Almanya Dışişleri Bakanı'nın ABD Dışişleri Bakanı'na yazdığı bir mektupta dahi gündeme getirilmediği

³¹ LaGrand Case, para. 47-48; Jennings, s. 25.

³² LaGrand Case, para. 50.

³³ LaGrand Case, para. 52.

³⁴ LaGrand Case, para. 52.

³⁵ Jennings, s. 27.

anlaşılmaktadır. Almanya daha sonra, Walter LaGrand'ın infazından yaklaşık 27 saat önce, 2 Mart 1999 akşamı Divan'ın normal çalışma saatlerinden sonra, geçici önlemler talebiyle birlikte bu işlemleri başlatan başvuruyu yapmıştır. ABD'ye göre, Almanya'nın geç başvuru yapması, Divan'ı geçici önlem talebine, tam bilgi sahibi olmadan *ex parte* hareket ederek yanıt vermeye zorlamıştır. Amerika Birleşik Devletleri, izlenen prosedürün eşitliğe ilişkin ilkelerle tutarsız olduğunu iddia etmiştir.³⁶ Divan, Almanya'nın bu davaların açılmasına ilişkin zamanlaması nedeniyle eleştirilebileceğini söylemiştir, ancak gene de Almanya'nın bu kadar geç bir tarihte başvurusunun sonuçları konusundaki farkındalığına rağmen, onarılamaz bir durumun yakın olduğu göz önüne alındığında, 3 Mart 1999 tarihli Kararı görüşmeyi uygun gördüğünü belirtmiştir.³⁷

Divan, bu uyuşmazlık konusu hakkında yargı yetkisinin olduğuna ve Almanya'nın iddialarının kabul edilebilir olduğuna karar vermiş ve esasa ilişkin değerlendirmelere geçmiştir.

C. Uluslararası Adalet Divanı'nın Esasa İlişkin Değerlendirmeleri

1. Konsolosluk Yardımına İlişkin Değerlendirme

a. Diplomatik koruma ve konsolosluk yardımı

Diplomatik koruma, devlet merkezli olan klasik uluslararası hukuk anlayışında, bireylerin uğradığı zararların giderilmesini sağlayan bir uluslararası hukuk kurumudur.³⁸ Diplomatik korumanın, uluslararası hukukta ortak bir tanımı bulunmamasıyla birlikte, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun (UHK) Taslak metninin³⁹ 1. maddesinde; “*Mevcut taslak maddeler açısından diplomatik koruma, bir devletin, diğer devletin, kendi (birinci devletin) vatandaşları olan kişilere yönelik uluslararası hukuka aykırı eylemleri nedeniyle meydana gelen bir zarardan ötürü diplomatik adımlarla veya diğer uyuşmazlıkların barışçıl çözüm yollarıyla, o (ikinci) devlete karşı uluslararası*

³⁶ LaGrand Case, para. 55.

³⁷ LaGrand Case, para. 57.

³⁸ Ali İbrahim Akkutay, *Diplomatik Koruma ve İnsan Hakları İlişkisi*, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 5. Aslan Gündüz, “*Millîterarası Hukuk*”, in Reşat Volkan Günel(ed.), 10. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 444.

³⁹ ILC, “Draft Articles on Diplomatic Protection” (United Nations, 2006),

https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_8_2006.pdf Erişim Tarihi: 04.07.2022.

sorumluluğun ileri sürmesini içerir.”⁴⁰ şeklinde yer almaktadır. Bu kurum bireyin çıkarlarını korumayı değil, bireyin vatandaşlığında olduğu devletin çıkarlarını korumayı hedeflemektedir.⁴¹ Uluslararası Sürekli Adalet Divanı (USAD) Panevezys-Saldutiskis davasında bu durumu teyit etmiştir.⁴² Gene aynı şekilde UAD’nın Nottebohm⁴³ ve Barcelona Traction⁴⁴ davalarında sırasıyla; “Diplomatik koruma ve uluslararası yargı yolu ile koruma, devletin haklarını savunması için gerekli önlemleri oluşturmaktadır...”⁴⁵, “Divan burada uluslararası hukukça belirlenen sınırlar içinde, bir Devletin diplomatik koruma hakkını istediği her tür araçla ve uygun gördüğü derecede kullanabileceği; çünkü savunduğu şeyin kendi hakkı olduğu görüşündedir.”⁴⁶ diyerek devletin çıkarlarının ön planda tutulduğu yinelemiştir.

Diplomatik koruma, bireyin zararlarının giderilemediği uluslararası toplumda, uluslararası hukukun temel ilkelerinden biri olmuştur. USAD’nin Mavrommatis Davası⁴⁷ kararı da bunu teyit etmektedir. Buna göre; devletin vatandaşı, başka devletin uluslararası hukuka aykırı davranışı nedeniyle uğradığı zararı herhangi başka bir yolla gideremezse, devletin zarar gören

⁴⁰ Akkutay, Diplomatik Koruma ve İnsan Hakları İlişkisi, s. 8; “Diplomatik koruma, klasik olarak, bir Devletin, uluslararası bir yükümlülüğün başka bir Devlet tarafından ihlal edilmesinden kaynaklanan bir zararla ilgili olarak kendi vatandaşlarından birinin iddiasını savunabileceği mekanizmadır. Bu nedenle diplomatik koruma, devlet sorumluluğunu yerine getirmenin bir aracı olarak hizmet eder.”

⁴¹ Akkutay, Diplomatik Koruma ve İnsan Hakları İlişkisi, s. 5. Noura Karazivan, “Diplomatic Protection: Taking Human Rights Extraterritorially.” *Canadian Yearbook of International Law*, 2006, 44, 299-352, s. 303.

⁴² “Vatandaşlarından birisi adına diplomatik bir girişimde bulunurken veya uluslararası yargı yoluna başvurmak suretiyle vatandaşlarından birisinin bir davasını üstlenirken bir Devlet gerçekte kendi hakkını, vatandaşlarının şahsında uluslararası hukuk kurallarına saygıyı teminat alma hakkını ileri sürmektedir. Bu kural zaruri olarak kendi vatandaşları adına yaptığı müdahale ile sınırlıdır, çünkü özel bir anlaşmanın olması hali dışında ancak bir Devlet ile birey arasındaki vatandaşlık bağı Devlete diplomatik koruma hakkını verir ve zararın başka bir devletin vatandaşlarına verildiği durumlarda böyle bir zarardan doğacak hiçbir talep, Devletin sağlamakla yükümlü olduğu diplomatik koruma kapsamına girmediği gibi Devletin üstlenmeye yetkili olduğu bir talebe de yol açmaz.” PCIJ, The Panevezys-Saldutiskis Railway Case (*Estonia v. Lithuania*), P.C.I.J. Reports Series A/B, No.76, 28 February 1939.

⁴³ ICJ, Nottebohm Case (*Liechtenstein v. Guatemala*), I.C.J. Reports, 6 April 1955.

⁴⁴ ICJ, Barcelona Traction Light and Power Case (*Belgium v. Spain*), I.C.J. Reports, 5 February 1970.

⁴⁵ Nottebohm Case, s. 24. Aksar, s. 529.

⁴⁶ Barcelona Traction Case, s. 45. Gündüz, s. 457.

⁴⁷ PCIJ, The Mavrommatis Palestine Concessions (*Greece v. UK*), P.C.I.J. Report Series A No:2., 30 August 1924.

vatandaşını koruma altına alması uluslararası hukukun temel ilkelerinden biri olarak sayılmıştır.⁴⁸ Ayrıca, çalışmanın konusu olan LaGrand davasında da diplomatik korumanın bir uluslararası örf ve adet hukuku⁴⁹ kuralı olduğunun altı tekrardan çizilmiştir.

Bir devletin diplomatik korumayı ileri sürebilmesi için iki koşul öngörülmüştür: i) zarar görenin devletin vatandaşı olması; ii) iç başvurma yollarının tüketilmiş olması.⁵⁰

Diplomatik koruma yolunu seçen devletin bu yola başvurması için zarar gören kişi ile vatandaşlık bağı ile bağlı olması elzemdir. Devletler ancak bu şartla diplomatik koruma yoluna başvurabilirler. Taslak metnin ikinci bölümü vatandaşlık hükümlerine ayrılmıştır ve 3. maddesinde diplomatik korumaya yetkili devletin vatandaşlık devleti olduğu yinelenmiştir.⁵¹ İç hukuk yollarının tüketilmesi gerekliliği de Taslak metinde yer almıştır.⁵² İç hukuk yollarının tüketilmesinden anlaşılması gereken, zarara uğrayan kişinin, kendi devletinden diplomatik koruma talep etmesinden önce, zarara uğradığı devletin idari ve yargısal mercilerine başvurarak zararın giderilmesini talep etmesi⁵³ durumudur. İç başvuru yollarının tüketilmesinin gerekli olmadığı durumlar mevcuttur.

⁴⁸ Akkutay, *Diplomatik Koruma ve İnsan Hakları İlişkisi*, s. 12; Yusuf Aksar, *Temel Metinler ve Davalarla Uluslararası Hukuk*, Seçkin Yayınevi, 2017, s. 526.

⁴⁹ LaGrand Case, para. 42.

⁵⁰ Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri 3. Kitap*, Tamamen Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara, 2019, s. 180. Yücel Acer/İbrahim Kaya, *Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı İngilizce Özetli*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, s. 455. Karazivan, s. 303.

⁵¹ Üçüncü Madde

Vatandaşlık devleti tarafından koruma

1. Diplomatik koruma icra etmeye yetkili olan devlet, vatandaşlık devletidir.

⁵² **On Dördüncü Madde**

Yerel başvuru yollarının tüketilmesi

1. Bir devlet vatandaşına veya taslak sekizinci maddede belirtilen kişilere yönelik mağduriyete ilişkin olarak, mağdur kişi taslak on beşinci maddeye göre tüm yerel başvuru yollarını tüketmeden uluslararası bir iddia ileri süremez.

2. “Yerel başvuru yolları”, zarara yol açmaktan sorumlu olduğu iddia edilen devletin, genel veya özel, adli ya da idari mahkeme veya organları önünde zarara uğramış bir kişiye açık olan hukuki yollardır.

⁵³ Akkutay, *Diplomatik Koruma ve İnsan Hakları İlişkisi*, s. 27. Acer/Kaya, s. 455. Pazarcı, s. 184.

Taslak metnin 15. maddesinde bu kural dışlıklara yer verilmiştir.⁵⁴ Bu konulara, çalışmanın kapsamı dışında kalacağı için ayrıca değinilmeyecektir. Diplomatik koruma konusunda değinilmesi gereken son konu ise devletin bu yola başvurusundaki takdir yetkisidir. Devlet, vatandaşının uğradığı zararı kendi adına yapılmış bir zarar olarak gördüğü için diplomatik koruma yoluna başvurup, zararın giderimi konusunu da kendi tekelinde görmektedir. Bu takdir yetkisi devletlerin egemenlik anlayışından kaynaklanmaktadır⁵⁵ ve diplomatik koruma kurumunun mantığı ile çelişmemektedir. Ancak, bu durum bireyin zararının giderilememesi ihtimalini barındırmaktadır.

Konsolosluk yardımı ve diplomatik korumanın farklı kavramlar olduğu, haklarında ilk söylenmesi gereken şeydir. Devletin ülkesinde, egemenliği altında yer alan kişiler üzerindeki yetkisi ile başka devletin kişileri üzerinde kullanabileceği yetkileri çatışma içinde olabilmektedir.⁵⁶ Buradaki çatışmanın temel dinamikleri ise ülkesellik ve kişisellik ilkelerinde yatmaktadır.⁵⁷ Aralarındaki farkı da bu oluşturmaktadır. Konsolosluk yardımı zarara uğrayan kişinin, konsolosluk görevlileri aracılığıyla zarara uğradığı ülkenin iç hukuk yolları konusunda bir çözüm bulmasını kapsamaktadır. Konsolosluk bildiriminde yetkililer cezai suçlamalarla gözaltına alınan, tutuklanan vatandaşlarına çeşitli şekillerde yardım etmektedirler.

Bu kapsamda konsolosluk görevlileri, uygun savunma avukatlarını önerebilir, gözaltındaki vatandaşlarına o devletin ceza adalet sistemlerini

⁵⁴ On Beşinci Madde

Yerel başvuru yolları kuralına istisnalar

Yerel başvuru yollarının şu durumlarda tüketilmesine gerek yoktur:

- (a)Etkin bir zarar giderimi sağlayacak makul bir biçimde kullanılabilir yerel başvuru yolları yoksa veya yerel başvuru yolları böyle bir makul zarar giderimi olasılığı sağlamıyorsa;
- (b)Sorumlu olduğu iddia edilen devlete atfedilecek telafi sürecinde yersiz bir gecikme varsa;
- (c)Mağdur kişi ve zarar tarihinde sorumlu olduğu iddia edilen devlet arasında uygun bir bağlantı yoksa;
- (d)Mağdur kişi yerel başvuru yollarını kullanmaktan aleni biçimde engelleniyorsa; veya
- (e)Sorumlu olduğu iddia edilen devlet yerel başvuru yollarının tüketilmesi koşulundan vazgeçtiyse.

⁵⁵ Karazivan, s. 304.

⁵⁶ Ali İbrahim Akkutay, “Avrupa Birliği Yurttaşlarının Birlik Üyesi Olmayan Devlet Ülkelerinde Korunmalarının Hukuksal Niteliği”, *Public and Private International Law Bulletin*, 2013, Volume: 32, Issue: 1, 1-31, s. 10.

⁵⁷ Akkutay, Avrupa Birliği Yurttaşlarının Birlik Üyesi Olmayan Devlet Ülkelerinde Korunmalarının Hukuksal Niteliği, s. 10.

açıklayabilir ve belgesel kanıtlara veya tanıklara başvurulmasını kolaylaştırabilirler. Daha genel olarak, varlıklarıyla, zarar veren devletin polisinin ve diğer yetkililerinin, konsolosluk devletin vatandaşlarına adil davranmalarını sağlama konusunda yardımcı olmaktadır.⁵⁸ Kolluk kuvvetlerinin, hâkim veya avukatların, konsolosluk görevlileri ile aynı kaynakları bireye etkin bir şekilde sağladığı gerekçe gösterilerek konsolosluk yardımı hakkının rolünü değersizleştirilemez.⁵⁹ Aslında konsolosluk yardımı ile zarar uğrayan kişilere, diplomatik korumanın koşullarından biri olan iç hukuk yollarının tüketilmesi şartına bir nevi katkıda bulunmaktadır. Yabancı uyruklu kişi, tutuklandıktan sonra konsolosluga erişim hakkına sahip olduğunu bilmesede mahkemeler, sanığın veya avukatının, polisin veya yargının konsolosluk haklarını, yabancı kişiye zamanında bildirmesini aramaktadır.⁶⁰ Bu, Viyana Sözleşmesi'nin yabancı bir vatandaşa, konsolosluk hakları hakkında bilgi verme ve talep üzerine konsolosluk yetkililerine erişim sağlama yükümünü, özellikle devlete ait bir yükümlülük olarak belirttiği için böyledir. Bu nedenle, sanığın veya avukatının, devletin Sözleşme kapsamındaki görevlerini yerine getirmedeki başarısızlığına itiraz etmesi için bu tür hakların var olduğunun farkında olması zorunludur. Zarar gören bireylerin adil bir yargılama ile yargılanmalarını sağlamak maddenin amacını yansıtmaktadır. Oysa diplomatik koruma yolunda devletin vatandaşı bir zarara uğramış ve bu zararı, zararı veren devlet tarafından da giderilmemiştir. Konsolosluk yardımının, diplomatik koruma kurumuna başvurulmadan kullanılması gereken bir yol olduğu açıktır. Bu noktada her iki kavramı iç hukuk yollarının tüketilmesi konusunda ortak payda da buluşturabiliriz. Çünkü daha önce de belirtildiği gibi diplomatik koruma kurumuna başvurulması için iki şarttan biri zararı veren devletin iç hukuk yollarının tüketilmiş olmasıdır. Konsolosluk yardımı da burada devreye girip zarara uğramış taraf devlet vatandaşının, zararı veren devlet hukukunda adil bir yargılama süreci geçirmesini sağlamaktadır.

⁵⁸ John Quigley, "LaGrand: A Challenge to the U.S. Judiciary", *Yale Journal of International Law*, 2002, vol. 27, no. 2, 435-440, s. 436. Garcia, s. 3. Kadish, s. 596; "Amerika Birleşik Devletleri'nin ve diğer katılımcı ülkelerin sonraki uygulamaları da bireysel bir hakkın amaçlandığı yorumunu desteklemektedir.", s. 598. Buys, s. 64.

⁵⁹ Cara Drinan, "Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations: Private Enforcement in American Courts after LaGrand", *Stanford Law Review*, 2002, Vol. 54, No. 6, 1303-1319, s. 1306.

⁶⁰ Anthony N. Bishop, "The Unenforceable Rights to Consular Notification and Access in the United States: What's Changed since the Lagrand Case." *Houston Journal of International Law*, 2002, vol. 25, no. 1, s. 83.

UAD, LaGrand davasında diplomatik koruma ve konsolosluk yardımı arasındaki ilişkiye değinmiştir. Çünkü Almanya bu davada, Viyana Sözleşme'nin 36. maddesinin ihlalinin, devletin diplomatik koruma⁶¹ yoluna başvurmasını işlevsel hale getirmesini engellediğini iddia etmiştir. Ancak gözden kaçırılmaması gereken bir nokta vardır. Zira LaGrand kardeşlerin konsolosluk yardımından faydalandıkları ihtimalde, adil bir yargılanmaya tabi tutulma ihtimalleri söz konusu olacağı için bu konu bakımından bir zararları da ortaya çıkmayacaktır. Bu durumda da diplomatik koruma kurumunun iki koşulundan biri olan zararın meydana gelmiş olma şartı gerçekleşmeyecek ve Almanya'nın diplomatik koruma yoluna başvurması için ortada neden kalmayacaktır. Kısacası, Sözleşme maddesinin ihlalinin, Almanya'nın diplomatik koruma yoluna başvurmasını engellediği iddiasının sağlam bir zemine dayandırıldığı düşünülmektedir.

Almanya, ayrıca, Viyana Sözleşmesi'nin 36. maddesinin 1(b) paragrafı kapsamındaki haklardan haberdar edilme hakkının, Sözleşme'ye taraf bir devletin her vatandaşının bireysel bir hakkı olduğunu savunmuştur.⁶² Bu argümanın, bu davanın sınırlarının çok ötesine uzanan potansiyel bir öneme sahip olduğu; çünkü birçok farklı tür ve işlevde, aynı şekilde bir tür statü, hak veya yükümlülük oluşturabilen, bireylerin veya şirketlerin iddia edebileceği ve normalde diplomatik koruma uygulamasını zorlayabilecek birçok anlaşma ve sözleşme olduğu belirtilmektedir.⁶³

ABD ise diplomatik koruma ile Sözleşme'den kaynaklanan konsolosluk yardımının ayrı şeyler olduğunu, birinin uluslararası örf ve adet hukukundan diğerinin ise Sözleşme'den kaynaklanan birer hak olduğunu ve bu yüzden de Almanya'nın böyle bir iddiada bulunamayacağını belirtmiştir.

Almanya ve ABD'nin bu konudaki görüş ayrılıkları aslında daha temel düzeydeki görüş ayrılıklarını yansıtmaktadır. ABD, uluslararası hukukta, anlaşma hukukunun geleneksel normlardan ayrı olarak yorumlanması ve uygulanması ve bireysel hakların içtihatlarının diğer alanlara bulaşmaması gerektiği gibi çok sayıda farklı görüşü savunmuştur. ABD, bir devletin başka bir

⁶¹ Almanya'nın bu iddiada bulunurken aslında diplomatik korumanın uluslararası hukukun temel bir ilkesi olduğu yolundaki görüşlere dayandığı yönünde bakınız: Zsuzsanna Deen-Racsmany, "Diplomatic Protection and the LaGrand Case." *Leiden Journal of International Law*, 2002, vol. 15, no. 1, 87-103, s. 98-99.

⁶² LaGrand Case, para. 75.

⁶³ Jennings, s. 30. Graebner, s. 609.

ülkede gözaltına alınan vatandaşlara konsolosluk yardımı sağlama hakkının ve bir devletin vatandaşlarının iddialarını diplomatik koruma yoluyla destekleme hakkının yasal olarak farklı kavramlar olduğunu savunmuştur.⁶⁴ Öte yandan, Almanya, UAD'nin daha önce teyit ettiği gibi geleneksel normların andlaşma hukukunun işleyişini etkileyebileceği ve özellikle geleneksel hukuktan ayrı olarak uluslararası insan hakları hukukunun mevcut olmadığı görüşünü benimsemektedir. Bu karşıt görüşler, 36. maddenin insan hakları anlamına gelip gelmediğine ilişkin tarafların başvurularına da yansımıştır.⁶⁵ Böylece sadece Almanya değil LaGrand kardeşler de Sözleşme'nin özneleri haline gelmişlerdir.⁶⁶ Ayrıca, konsolosluk yardımı hakkını kullanan bireyin, örneğin, mahkeme tarafından atanan avukattan ziyade konsolosun önerdiği avukat tarafından temsil edildiğinde sonucu belirleyecek bir fark oluşabileceği de unutulmamalıdır.⁶⁷ Bu durum da bireyin zararını giderim açısından önemlidir.

UAD, geleneksel uluslararası hukuk normları gibi başka kaynaklara başvurmak zorunda kalmadan, 36. maddenin 1(b) paragrafındaki bireylerin haklarına yapılan açık atıfları, UAD'nin uyması gereken yoruma ilişkin kurallar olarak 'şüphesiz kabul ettiğini' belirtmiştir.⁶⁸ Divan, bu iddiayı incelerken öncelikle madde metnini tahlil etmiş ve (b) bendinin son paragrafında yer alan "*bu bentle tanınmış olan haklar hakkında ilgili kişiye gecikmeksizin*⁶⁹ *bilgi vereceklerdir*" ve gene aynı maddenin (c) bendindeki "*herhangi bir şekilde gözaltına alınmış bulunan bir vatandaşın açıkça muhalefet etmesi halinde, bu vatandaş lehine müdahalede bulunmaktan kaçınacaklardır*" ibarelerini bu maddenin bireysel hakkı tanıdığına dair delil olarak göstermiştir ve ABD'nin LaGrand kardeşlerin bireysel haklarını da ihlal ettiğine karar vermiştir.⁷⁰ Viyana Sözleşmesi'nin 36. maddesinin ve özellikle (b) bendinin Viyana Konferansı

⁶⁴ LaGrand Case, para. 76.

⁶⁵ Stephens, s. 152.

⁶⁶ Stephens, s. 154.

⁶⁷ Drinan, s. 1305.

⁶⁸ Lorena Rincón Eizaga, "International v. United States Courts: In Search Of A Right And A Remedy In Article 36 Of The Vienna Convention On Consular Relations", *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2006, 4(7), 221-294, s. 237. Stephens, s. 156.

⁶⁹ "Şu anda konsolosluk bildirimimin verilmesi gereken kabul edilmiş tek tip bir zaman dilimi bulunmamaktadır. Biraz şaşkıncu bir şekilde, "gecikmeden" ifadesinin doğal belirsizliği göz önüne alındığında, pek çok mahkeme bu kelimelerin anlamını belirli olgusal bağlamlarda değerlendirmemiştir." Buys, s. 66.

⁷⁰ LaGrand Case, para. 77. Graebner, s. 609. Garcia, s. 13.

sırasında yoğun bir tartışmaya konu olmuştur.⁷¹ Madde 36'nın gözüne alınan yabancı uyruklulara adil yargılanmalarını sağlamak üzere bireysel haklar tanımak amacıyla oluşturulduğu öğretilerinde kabul edilen bir görüştür.⁷² Bunun yanında Sözleşme'nin giriş bölümünde yer alan, “Bu tür ayrıcalık ve dokunulmazlıkların amacı, bireylere fayda sağlamak değil, konsoloslukların görevlerini kendi Devletleri adına liyakatli bir şekilde yerine getirmelerini sağlamaktır.” hükmünden Sözleşme'nin bireysel haklar tanımadığını söyleyen görüşler de mevcuttur.⁷³ Ayrıca, 36. madde hükümlerinin “gönderen Devletin vatandaşlarıyla ilgili konsolosluk görevlerinin yerine getirilmesini kolaylaştırmaya yönelik bir görüşle” çerçevelendiği belirtilmektedir.

UAD, bu kararıyla birlikte diplomatik koruma kurumu altında bireysel hakların ortaya çıkabileceğini teyit etmiştir.⁷⁴ Klasik uluslararası hukuk anlayışından farklı olarak modern uluslararası hukuk anlayışı, sadece devlet merkezli bir seyir izlememiştir. Artık, uluslararası hukukun pek çok kuralı kişilerin uluslararası arenadaki durumunu düzenlemekte ve kişileri etkilemektedir.⁷⁵ Uluslararası insan haklarının sahiplerinin bireyler olması ve bu alanda devletlerin kendilerine ait haklarının kapsam dışında kalması, bireysel haklar öngören bir andlaşmaya taraf olan bir devletin, diplomatik koruma çerçevesinde vatandaşlarının andlaşmalardan kaynaklanan bireysel haklarını korumak amacıyla harekete geçmesine ve öngörülmüşse uluslararası yargı yollarına başvurmasına bir engel oluşturmayacağı kabul edilmektedir.⁷⁶ Divan'ın LaGrand davasındaki tutumu da bu anlayışı destekler görünmektedir. Şu da bir gerçektir ki Divan'ın verdiği bu kararlar birlikte buna benzer vakaların UAD önüne getirilme potansiyeli artmıştır.⁷⁷ LaGrand davasından sonra açılan

⁷¹ “United Nations Conference on Consular Relations”, (United Nations, 1963), https://legal.un.org/diplomaticconferences/1963_cons_relations/docs/english/vol_1.pdf Erişim Tarihi: 04.07.2022.

⁷² Eizaga, s. 237. Kadish, s. 570.

⁷³ Bishop, s. 44.

⁷⁴ Mahmut Göçer, “Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Ve Diplomatik Himaye Hakkı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, , 2008, 57, 219-236, s. 221.

⁷⁵ Akkutay, *Diplomatik Koruma ve İnsan Hakları İlişkisi*, s. 12.

⁷⁶ Göçer, s. 225. Deen-Racsmay, s. 95.

⁷⁷ Deen-Racsmay, s. 102. Drinan, s. 1306.

Avena⁷⁸ ve Jadhav⁷⁹ davaları da bunu teyit etmektedir.

Ayrıca, bu kararın, hukuk tarihinde ilk kez, devletlerin Mavrommatis davasındaki anlamıyla diplomatik koruma kullanma hakkının ekonomik zararlarla sınırlı olmadığını, uluslararası hukuk tarafından bireylere verilen hakların korunmasıyla ilgili olduğunu dolaylı olarak olsa da açıklığa kavuşturması⁸⁰ açısından önemli olduğunu da vurgulamak gerekir.

b. İnsan hakları ile ilişkisi

Duruşmalarda Almanya ayrıca, Viyana Sözleşmesi'nin 36. maddesinin 1. paragrafı uyarınca bireyin gecikmeksizin bilgilendirilme hakkının sadece bireysel bir hak olmadığını, bugün bir insan hakkı niteliği kazandığını iddia etmiştir. Sonuç olarak Almanya, "36. madde kapsamındaki hakkın bir insan hakkı olarak karakteri, bu hükmün etkinliğini zorunlu kılmaktadır." şeklinde beyanda bulunmuştur.⁸¹

Konsolosluk yardımı hakkı, konsolosluk görevlilerinin egemen bir devletin temsilcileri olarak geleneksel işlevleri ile günümüz dünyasının başat aktörü olan insan haklarının kesişim noktasında bulunmaktadır. Bu durum konsolosluk yardım hakkının, uluslararası hukukun birbiriyle çelişen iki eğiliminin bir birleşimi haline getirmiştir.⁸² Konsolosluk bildirim cezai usulleri içeren, belirli bir hukuk sistemine aşına olmama ve yetersizlik nedeniyle insan hakları ihlallerinin meydana gelmesinin muhtemel olduğu cezai usulleri içeren durumlarda yeterli savunmayı sağlamak için hayati önem taşımaktadır.⁸³

II. Dünya Savaşı'nın sona ermesinden bu yana insan haklarının yaygınlaşması, yurtdışındaki vatandaşların haklarını korumak için diplomatik korumaya güvenmeye gerek olup olmadığını sorgulatmıştır.⁸⁴ Hemen hemen tüm devletler, Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (MSHS),

⁷⁸ ICJ, Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals (*Mexico v. United States of America*), I.C.J Reports, 31 March 2004.

⁷⁹ ICJ, Jadhav Case (*India v. Pakistan*) Judgment, I.C.J Reports, 17 July 2019.

⁸⁰ Deen-Racsmany, s. 102.

⁸¹ LaGrand Case, para. 78.

⁸² Eizaga, s. 236.

⁸³ Eizaga, s. 240.

⁸⁴ Alexander Heeps, "Diplomatic Protection and Human Rights: Quo Vadis." *King's Student Law Review*, 2017, vol. 8, no. 2, 1-17, s. 2.

Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (ESKHS), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi (AAİHS) veya bazı uluslararası veya bölgesel insan hakları sözleşmesine taraftırlar.

Diplomatik koruma, diplomatik korumanın alabileceği tek bir standart form olmadığı için bir şemsiye terimdir.⁸⁵ Bir devlet diplomatik korumaya başvurduğunda, arabuluculuk yoluna başvurabilir, uluslararası davalara başvurabilir, ekonomik yaptırımlar uygulayabilir veya ihlal eden devletle diplomatik ilişkileri feshedebilir.⁸⁶ Ayrıca, diplomatik koruma, ancak devlet sorumluluğu ile ilgili olarak yanlış bir eylemin gerçekleştirildiğinin ispat edilmesinden sonra kullanılabilir.⁸⁷ Daha önce bahsedildiği gibi diplomatik koruma yoluna başvurma tekelinin devlette olması aynı zamanda insan haklarının ortaya çıkışı ve bireyin uluslararası hukukun bir öznesi veya daha doğrusu bir katılımcısı olarak yükselişiyle⁸⁸ çelişen bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır.

Vatandaşlık şartı, insan haklarının uygulanması için bir ön koşul olarak görülmemektedir, bu da diplomatik korumaya başvurmaya göre ek bir avantaj sağlamaktadır. İnsan hakları teorilerine göre, insan haklarının mülkiyeti ve uygulanması, belirli bir milliyete veya bazı durumlarda herhangi bir milliyete (yani vatansız kişilerin korunması için) sahip olmaya bağlı değildir, aksine sadece bir insan olarak ele geçirilir ve uygulanır.⁸⁹ Bir de insan haklarının evrensellik niteliği de düşünülünce, diplomatik koruma veya sözleşmeden elde edilen bireysel haklara göre daha avantajlı bir mekanizma gibi görünmektedir. Ancak bu olumluların yanında insan haklarının asıl sorunu, var olan kuralların etkin bir şekilde uygulanmasının⁹⁰ sağlanmasında gözükmektedir. Özellikle de yargı kararlarının bağlayıcılığı sorunu göze çarpmaktadır. Gerçekten de uzmanlaşmış bir mahkemenin varlığı veya bu uzmanlaşmış mahkeme tarafından insan haklarının ihlal edildiğine ilişkin bir tespit yapılması dahi, bunun sonucunda değişimin gerçekleşeceği anlamına

⁸⁵ Heeps, s. 4.

⁸⁶ John Dugard, "First Report on Diplomatic Protection", (United Nations) <http://legal.un.org/ilc/documentation/english/acn4506.pdf>, s. 217, Erişim Tarihi: 09.09.2022.

⁸⁷ Heeps, s. 4.

⁸⁸ Karazivan, s. 304.

⁸⁹ Heeps, s. 10.

⁹⁰ Akkutay, Diplomatik Koruma ve İnsan Hakları İlişkisi, s. 105, 182.

gelmemektedir.⁹¹ İnsan haklarının işlevselliğiyle ilgili dikkat çeken bir diğer durum ise mahkemelerin önündeki dava sayılarıdır. Sözgelimi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin giderek artan dava yükünü temizlemek için mücadele ettiği gözden kaçmamalıdır.⁹² Bu dava yoğunluğu içerisinde etkili bir yargılama yapıp yapılamayacağı tartışmalı bir konudur.

Bir hakkın, insan hakkı olduğunun tespiti kolay bir süreç değildir. Öncelikle, söz konusu hakkın insan hakkı olduğu noktasında bir ortak iradeye ihtiyaç vardır. Bu iradenin sağlanması veya gösterilmesi yani insan hakkına dönüşerek yolculuğunu tamamlayabilmesi ise onun bağımsız bir hak olarak ulusal ve uluslararası insan hakları metinlerinde düzenlenmesi, ulusal ve uluslararası mahkeme kararlarında bir insan hakkı olarak dikkate alınması ile mümkündür.⁹³ Uluslararası insan hakları anlaşmaları henüz konsolosluk bildirimini insan hakları karakterini tanımamış olsa da, bazı uluslararası deklarasyonlar ve kararlar konsolosluk bildirimini bu karakterinden söz etmektedirler. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, Meksika tarafından talep edilen bir danışma görüşünde, Viyana Sözleşmesi'nin 36. maddesinin gönderen devletin bir vatandaşının korunmasıyla ilgili olduğunu ve uluslararası insan hakları hukuku organının bir parçası olduğunu belirtmiştir.⁹⁴ Mahkeme, 36(1)(b) maddesinde yer alan bireysel hakkın, MSHS'nin 14. maddesinde onaylanan hukukun somut davalarda pratik etkileri olması için gerekli bir araç olarak belirtmiştir.⁹⁵ Başka bir deyişle, MSHS'nin 14. maddede yer alan asgari güvenceler, Viyana Sözleşmesi'nin 36. madde kapsamındaki haklarla desteklenmiş olmaktadır. Bununla birlikte, Birleşmiş Milletler (BM) organlarının, hakkın dikkate alınmasına yönelik artan bir uluslararası fikir birliğini ifade ettiği düşünülebilecek beyanları veya kararları vardır.⁹⁶

⁹¹ Heeps, s. 12.

⁹² Sadece Türkiye'nin AIHM'de yargılanmayı bekleyen başvuru sayısı 2021 yılı sonu itibarıyla 15 bin 250'dir. "AIHM Raporunda Türkiye", (Türkiye Hukuk), <https://www.turkiyehukuk.org/aihm-2021-raporunda-turkiye/> Erişim Tarihi: 04.07.2022.

⁹³ Yaşar Salihpaşaoğlu/Burcu Değirmencioğlu, "Unutulma Hakkının Bir 'İnsan Hakkı'na Dönüşme Yolculuğu", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, C. XXIV, Sa. 2, 361-388, s. 381.

⁹⁴ Inter-American Court of Human Rights, "The Right to Information on Consular Assistance In the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law", Advisory Opinion OC-16/9 of October 1, 1999. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_ing.pdf Erişim Tarihi: 17.10.2022. Quinley, s. 438.

⁹⁵ Stephens, s. 153.

⁹⁶ BM Genel Kurulu tarafından 17 Aralık 1979 tarihinde alınan Kolluk Kuvvetleri için Davranış Kuralları; BM Genel Kurulu tarafından 13 Aralık 1985 tarihinde oybirliği ile kabul edi-

Bu kararlar her ne kadar devletlere uluslararası yasal yükümlülükler getiren andlaşmalar olmasa da konsolosluk bildirimini insan hakları ile ilişkisini ortaya koyması bakımından önemlidir. Gene, Viyana Sözleşmesi'ne ek olarak, konsolosluk bildirimini ve konsolosluk yardımına erişim hakkının, örneğin İşkenceye Karşı Korunma ve Göçmen İşçiler Sözleşmesi de dâhil olmak üzere birçok uluslararası insan hakları andlaşmasında yer aldığı görülmektedir.⁹⁷

Kararda Divan, konsolosluk iletişimi, konsolosluk yardımına erişim ve bu yardımın alınabilmesi için konsolosluk makamlarına ve ilgili kişiye bildirim haklarının çıplak haklar olmadığını belirtmiştir. Divan bu hakların gözaltına alınan kişiye, yürütülen cezai işlemlerde kapsamlı hukuki yardım sağlamasına izin vermek gibi daha geniş amaçlara hizmet ettiği sonucuna varmıştır. Ancak, Divan, “Amerika Birleşik Devletleri'nin 36. maddenin 1. paragrafında LaGrand kardeşlere tanınan hakları ihlal ettiğine karar verdikten sonra, bu konuda Almanya'nın geliştirdiği ek argümanı dikkate alması gerekli görünmemektedir.”⁹⁸ diyerek insan hakları tartışmasından bir manevra ile kaçınmıştır. Ancak, 36. maddede yer alan hakların, adil ceza yargılama süreçlerine ilişkin temel insan haklarına pratik etki edebileceğini de unutmamak gerekir.⁹⁹ Yabancı sanıkların adil yargılanma hakkı, Viyana Sözleşmesi'nin 36. maddesinin kabul eden devletin yetkilileri tarafından etkin bir şekilde uygulanmaması durumunda tehlikeye gireceği bir gerçektir.¹⁰⁰ Divan'ın kararı, ayrıca, konsolosluk yardımı hakkının, uluslararası toplumda insan hakkı olarak kabul edilmediğini de göstermektedir. Gene de hem uluslararası belgelerde yer alması hem de uluslararası mahkemelerde insan hakları çerçevesinde tartışılması konsolosluk yardımının insan hakkı olarak kabul edilmesinin çok da geç bir zamanda olmayacağını göstermektedir.

2. Ulusal Hukuk-Uluslararası Hukuk İlişisine Dair Değerlendirme

Almanya'nın UAD'ye yaptığı başvurusunda ileri sürdüğü itirazlardan bir diğeri ABD'nin kendi hukukunda yer alan bir usul kuralını uygulaması

len, Yaşadıkları Ülkenin Vatandaşı Olmayan Bireylerin İnsan Hakları Bildirgesi; 1988 tarihli BM Herhangi Bir Gözaltı veya Hapis Cezası Altında Tüm Suçluların Korunmasına İlişkin İlkeler Bütünü.

⁹⁷ Buys, s. 66. “Son elli yılda, konsolosluk bildirim ve konsolosluk yardımına erişim hakkını daha da genişleten ve güçlendiren andlaşmalar da dâhil olmak üzere uluslararası insan hakları sözleşmelerinin sayısında muazzam bir büyüme yaşandığı görülmektedir.” Buys, s. 72.

⁹⁸ LaGrand Case, para. 77.

⁹⁹ Stephens, s. 145.

¹⁰⁰ Eizaga, s. 222.

nedeniyle LaGrand kardeşlerin Viyana Sözleşmesi 36. maddede yer alan haklarının yerine getirilmesinin engellenmesidir. Almanya, ABD'nin söz konusu maddenin uygulanmasını engelleyen herhangi bir usul kuralını ya da ulusal hukuka ilişkin doktrini uygulamayacağına ilişkin uluslararası yasal bir yükümlülük altında olduğunu ileri sürmüştür.¹⁰¹ İlk iki yargılama dizisinde konsolosluk haklarından haberdar olmayan LaGrand kardeşler yargılamalarının üçüncü ayağında Federal Bölge Mahkemesi'nden yargılamalarının veya en azından ölüm cezalarının lehlerine sona erdirilmesi talebinde bulunmuştur. Bunu yaparken ileri sürdüğü iddialardan biri Viyana Sözleşmesi gereği Alman konsoloslughuna tutukluluklarının bildirilmesi gerekirken ABD yetkililerinin bunu yerine getirmemiş olmasıdır. Ancak mahkeme bir usul hukuku kuralı olan “usuli hata” doktrini nedeniyle bu iddiayı esastan incelemeyi reddetmiştir. 16 Ocak 1998'de bu karar Federal Temyiz Mahkemesi tarafından da onaylanmıştır.¹⁰²

Kararda “usuli hata doktrini” bir eyalet mahkemesinde yargılanan sanığın federal mahkemede lehine hüküm elde edebilmesi için ileri süreceği iddianın öncelikle bir eyalet mahkemesine sunulması gerektiğine dair federal bir usul kuralı olarak tanımlanmıştır.¹⁰³ Başka bir deyişle “usuli hata doktrini” hüküm giymiş olan sanıkların alt derece mahkemelerde ileri sürmedikleri iddiaları temyiz mahkemesinde de ileri süremeyeceğini ifade etmektedir.¹⁰⁴

Konunun daha iyi anlaşılması adına Amerikan ulusal hukukunun ilgili kısımlarının kısaca açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. ABD ulusal

¹⁰¹ LaGrand Case, para. 10.

¹⁰² LaGrand Case, para. 23.

¹⁰³ LaGrand Case, para. 23.

¹⁰⁴ Nitekim benzeri usul kuralına Türk hukukunda da rastlamak mümkündür. Örneğin hukuk yargılamalarında istinaf aşamasında HMK m. 357/1 açıkça bölge adliye mahkemesinde devam eden yargılamalarda ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmaların dinlenemeyeceği, yeni delillere dayanılamayacağı açıkça belirtilmiştir. Bu hükmün istisnaları aynı maddenin üçüncü fıkrasında belirtilmiştir. Öte yandan temyiz aşamasında sadece hukukilik denetimi yapıldığından yargılama kurallarının yanlış uygulanması dışında delil değerlendirilmesinde bulunulması ve yeni delillerin ileri sürülmesi mümkün değildir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Ömer Ulukapı, Emre Yardımcı, “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Sonradan Delil Gösterilmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, 16, s. 483-507. Ceza yargılaması açısından incelendiğinde ise hukukumuzda Anglo-Sakson hukuk geleneğinin aksine delillerin mahkemece resen toplanması ilkesi ve ceza yargılamasının temel hedefinin maddi hakikatin araştırılması olduğundan temyiz ve istinaf aşamalarında yeni delil sunulabileceği genel olarak kabul edilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Hasan. T Gökcan, “İstinaf Yasa Yolunda İspat ve Delilleri Değerlendirme Esasları.”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2012, (10), s. 421-454.

hukukunda eyalet yargılamaları bakımından bir inceleme yapıldığında Arizona Ceza Muhakemesine İlişkin Düzenleme’de mahkûmiyet kararı sonrası itiraz yöntemlerine ilişkin bir usul kuralından bahsedilmektedir. Buna göre sanık mahkûmiyetine itiraz etmeye çalışırsa, tüm iddialarını ya ilk derece mahkemelerinde ya da eyalet derecesinde görülecek olan ilk doğrudan temyiz başvurusunda ileri sürmelidir. Bu aşamalarda tüm iddialarını ileri süremeyen sanığın sonraki aşamalarda yeni iddialar sunması usuli olarak hataya düşmesine ve iddiasının esastan incelenmemesine neden olacaktır.¹⁰⁵ LaGrand Kararı açısından incelendiğinde ise LaGrand kardeşler, Viyana Sözleşmesi’nin ihlalinin Arizona Ceza Muhakemesine İlişkin Düzenleme’de yer alan kurala uygun şekilde ilk derece mahkemesinde ya da eyalet derecesinde görülecek olan ilk doğrudan temyiz başvurusunda ileri sürmediğinden, ABD; sanıkların söz konusu iddiadan feragat ettiği sonucunu çıkarmıştır. Öte yandan ilk dizi yargılamalarda Viyana Sözleşmesi’nde gösterilen haklarının ihlal edildiğinden LaGrand kardeşlerin haberleri dahi olmadığından, sanıklar iddialarını federal yargılamalar esnasında ileri sürmek zorunda kalmışlardır.¹⁰⁶

Eyalet yargılamaları sonrasında LaGrand kardeşlerin bulunduğu durum gibi yabancı devlet vatandaşının Viyana Sözleşmesi’nden kaynaklanan haklarının ihlal edildiğine ilişkin iddialar, federal düzeyde “habeas corpus” kurumuna başvurularak incelenebilir. “Habeas corpus emri”, Anglosakson hukuk geleneğinde yerleşmiş olan ve bir hükümlünün mahkûmiyet ve tutuklama kararlarının anayasaya uygunluğunu ve hukukiliğini inceleyen, gayrimeşru olarak hapsedilmekten ya da alıkoyulmaktan koruyan bir mahkeme emridir.¹⁰⁷ Bir “habeas corpus kararı” federal mahkemelerce ancak eyalet düzeyinde tüm yargı yollarının tüketildiği veya eyalet düzeyinde başvurulabilecek bir uyumsuzluk çözüm yolunun bulunmadığı durumlarda verilebilir. Federal Habeas Corpus Tüzüğü’ne göre gayrimeşru hapis ya da alıkoyma iddiaları Anayasa ya da ABD’nin taraf olduğu andlaşmalara aykırı olduğu takdirde incelenecektir.¹⁰⁸ Dolayısıyla hüküm Viyana Sözleşmesi için de doğrudan uygulanabilmektedir.

¹⁰⁵ Jennifer L. Weinman, “The Clash Between US Criminal Procedure and the Vienna Convention on Consular Relations: An Analysis of the International Court of Justice Decision in the LaGrand Case” *Am. U. Int’l L. Rev.*, 2012, 17:857, s. 879.

¹⁰⁶ Weinman, s. 880.

¹⁰⁷ Feyzioğlu, s. 669.

¹⁰⁸ 28 U.S.C. § 2254. <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/2254> Erişim Tarihi: 08.10.2022.

LaGrand kardeşlerin habeas corpus başvuruları ise eyalet düzeyinde tüm yargısal çözüm yollarının tüketilmemesi gerekçesiyle reddedilmiştir. Zira Federal Bölge Mahkemesi LaGrand kardeşlerin yargılanması sırasında “usuli hata doktrini” nedeniyle habeas corpus başvurusunu, Viyana Sözleşmesi açısından esastan incelemeyi reddetmiştir. Aynı zamanda hakkında eyalet mahkemesinde ceza yargılaması yapılan sanığın, federal bir habeas corpus kovuşturmasında yeni bir iddiayı ileri sürebilmesinin tek yolunun ancak davalının önemli bir sebep göstermesi ve söz konusu iddiadaki haksızlıktan zararın meydana geldiğini ispatlaması aracılığıyla gerçekleşebileceğini belirtmiştir.¹⁰⁹ ABD Yüksek Mahkemesi sebep ve zarar kavramlarının açık bir tanımını yapmamış, bireyin usuli hata doktrinine istisna olarak öne süreceği sebep ve zarar kavramlarını savunabilmesi için somut kriterler de benimsememiştir.¹¹⁰ Ancak Divan, Federal Bölge Mahkemesi kararında sebebin, sanığın lehine alt derece mahkemelerde iddiada bulunmasını engelleyen herhangi bir dışsal engel olduğunu ifade etmiş ve söz konusu sebepten kaynaklanan zararın ise ilk bakışta açıkça saptanabilir olması gerektiğini bildirmiştir.¹¹¹

ABD'nin ulusal hukukuna odaklanan Almanya hükümeti mahkemeye sunduğu muhtırasında ABD'nin kendi ulusal hukukunu daha spesifik olarak usuli hata doktrinini uygulayarak Karl ve Walter LaGrand'ın Viyana Sözleşmesi'nde yer alan haklarını kullanmasını engellediğini ve bu nedenle m. 36(2)'den kaynaklanan hukuki yükümlülüğünü yerine getirmediğini ileri sürmüştür. Viyana Sözleşmesi m. 36(2)'de gösterilen hakların, kabul eden devletin kanun ve düzenlemeleri çerçevesinde kullanılacağı ancak bu kanun ve düzenlemelerin bu maddeyle tanınmış olan hakların tam olarak kullanılmasına imkân vermesi gerektiği düzenlenmiştir. Dolayısıyla m. 36(2) hükmü iç hukuk kurallarının m. 36(1)'de yer alan hakların kullanılmasına imkân verecek şekilde oluşturulmasını öngörmekte, Almanya da ABD'nin ulusal hukuk kurallarının bu hükümde öngörülenin aksine m. 36(1)'de yer alan haklarını kullanmasına imkân vermediğini ileri sürmektedir.

Almanya'nın iddiasındaki temel argüman; ölüm cezalarını içeren yargılamalarda düzenli bir şekilde uygulanan usuli hata doktrininin, ulusal yargılamalar esnasında ABD'nin, LaGrand kardeşlerin konsolosluğa bildirim

¹⁰⁹ LaGrand Case, para. 23.

¹¹⁰ Weinman, s. 886.

¹¹¹ LaGrand Case, para. 23.

haklarının ihlal edildiğini ileri sürme olanağından yoksun bırakmasıdır.¹¹² Almanya, ABD’de eyalet ile federal yargı arasındaki dikey kuvvetler ayrılığı ile yakından bağlantılı olan usuli hata doktrininin normalde sorun teşkil etmediğini ancak söz konusu yargılamada doktrinin uygulanış şeklinin LaGrand kardeşlerin konsolosluğa bildirim haklarını ihlal ederek, ihlali mahkeme önünde ileri sürme imkânından yoksun bırakmasının sorun oluşturduğunu vurgulamıştır.¹¹³

ABD ise kabul edilemezlik değerlendirmesinde, Almanya’nın usuli hata doktrininin, uluslararası yükümlülüğünü ihlal ettiğine ilişkin iddiasının kabul edilemez olduğunu ifade etmiş, gerekçesinde böyle bir taleple Almanya’nın Mahkeme’den ulusal ceza yargılamalarındaki temyiz makamları gibi görev icra etmesini istediğini ileri sürmüştür. Zira özellikle usuli hata doktrinine yönelik olarak ABD; Almanya’nın argümanlarının temelde ABD hukukundan kaynaklandığı iddia edilen ihlallerin ve ceza yargılamasından doğduğu ileri sürülen hataların tespit edilip düzeltilmesinin talep edildiği anlamına geldiğini belirtmiştir.¹¹⁴

ABD ayrıca, Almanya’nın bu davadaki tutumunun; Sözleşme müzakereleri sırasında tarafların niyetlerinin ve Almanya’nın uygulamaları da dâhil olmak üzere devletlerin uygulamalarının çok ötesine geçtiğini ifade etmiştir.¹¹⁵ ABD m. 36(2) hükmünün oldukça açık olduğunu, Viyana Sözleşmesi’ne taraf devletlere Sözleşme’de yer alan haklara ilişkin ihlal iddialarının ceza yargılamasında ileri sürülmesine izin verecek bir ceza hukuku hükmü oluşturulmasını özel olarak gerektirmediğinden böyle bir yasal mekanizma oluşturamamanın Sözleşme ihlali olarak nitelendirilemeyeceğini savunmuştur. Özellikle m. 36(2)’de bahsedilen ulusal hukuk kurallarının m. 36(1)’in kapsamına giren ziyaret saatleri, iletişim saatleri tutukevindeki güvenlik önlemleri gibi spesifik haklara yönelik olduğunu, sanığın yargılanacağı veya mahkûmiyetinin ve cezasının temyiz mahkemelerinde inceleneceği ceza hukuku ve usul kurallarının da bu hükmün kapsamına girdiğine dair bir ibarenin olmadığını ileri sürmüştür.¹¹⁶

UAD, ABD’nin iddiasının m. 36(2)’nin vatandaşlarından bağımsız

¹¹² LaGrand Case, para. 81.

¹¹³ LaGrand Case, para. 81.

¹¹⁴ LaGrand Case, para. 50.

¹¹⁵ LaGrand Case, para. 84.

¹¹⁶ LaGrand Case, para. 86. Stephens, s. 154.

olarak yalnızca gönderen devletin haklarına uygulanabilir olduğu şeklindeki hatalı varsayımına dayandığından iddiasını reddetmiştir. Divan ayrıca usuli hata doktrininin kendi başına uluslararası hukuku ihlal etmediğini belirterek devam etmiştir. Ancak, kuralın LaGrand davalarında uygulanmasının, m.36(1) ile bağlantılı olarak gecikmeksizin konsolosluğa bilgi verilmesi yükümlülüğü yerine getirilmediğinden, tutukluların yargılamada haklarında iddia olunan argümanlara itiraz etmelerini engellediği sonucuna ulaşmıştır.¹¹⁷ Bu nedenle de usuli hata doktrini nedeniyle Almanya, kardeşlerin savunmasına zamanında yardım edememiş, özel müdafii ile savunulmalarını sağlayamamış bu da yargılamalarda müdafinin Sözleşme'de yer alan haklarına herhangi bir hukuki önem atfetmesini engellemiştir.¹¹⁸ Sonuç olarak Divan; usuli hata doktrininin m. 36(2)'de yer alan "bu maddede istihdaf olunan hakların tam olarak kullanılmasına imkân vermesi" yükümlülüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir.¹¹⁹

UAD m. 36(2)'yi yorumlarken amaçsal yoruma başvurmuştur. Bu yorum aracılığıyla hükmün amacından; devletlerin, kendi ulusal ceza mahkemeleri önünde suç isnat edilen yabancı vatandaşlar yargılanırken, bu kişilere yardımcı olacak her türlü imkânı sağlamaları gerektiği anlaşılmaktadır.¹²⁰ Bu yorumu ile UAD; maddenin amacının basit usuli bilgi ve erişim hakkının sağlanmasından ziyade temel insan haklarını korumak için tasarlandığı sonucuna ulaşmıştır. Ancak bu görüş tartışılmış, Yargıç Oda, karara ilişkin karşıt görüşünde, Mahkemenin bu kararındaki yorumunun Viyana Sözleşmesi'nin yabancı uyruklulara, kendi ülkelerindeki vatandaşların yararlanabileceğinden daha kapsamlı bir korumanın ve daha geniş bireysel hakların tanındığı anlamına geldiğini ifade etmiştir. Ayrıca 36. maddenin "bireyin yaşam, mülkiyet vb. hakları gibi asli haklarını" sağladığına ilişkin tespitini, herhangi bir inandırıcı açıklamadan yoksun olarak nitelendirmiştir.¹²¹

İddia ve savunmanın öne süreceği sebeplerin yargılamanın belirli aşamasına kadar öne sürülmesi gerektiği ya da öngörülen bu aşamadan sonra ileri sürülen sebeplerin mahkemelerce dikkate alınmaması "teksif ilkesi"

¹¹⁷ LaGrand Case, para. 90.

¹¹⁸ LaGrand Case, para. 91.

¹¹⁹ LaGrand Case, para. 91.

¹²⁰ Stephens, s. 155.

¹²¹ ICJ, LaGrand (*Germany v. United States of America*), Dissenting Opinion of Judge Oda, para. 27.

olarak anılan bir yargılama hukuku ilkesidir. Bu ilkenin temelinde yargılama sürecinin hızlandırılarak davanın gereksiz yere ve kötü niyetle uzatılmasının engellenmesi, maddi gerçeğe ulaşılması yer almaktadır.¹²² Bu ilkeden yola çıkarak usuli hata doktrininin de teksif ilkesinin özel bir görünümü olduğu ve yargılamanın sürüncemede bırakılması engellenerek maddi gerçekten uzaklaşılmasının önüne geçilmesinin amaçlandığı söylenebilir. Ancak doktrinin katı uygulanması LaGrand kararında da görüldüğü üzere ceza yargılamasının temel amacı olan maddi gerçeğin ortaya çıkarılması hedefi ile çelişmektedir. Nitekim Divan usuli hata doktrininin katı uygulanmasının Viyana Sözleşmesi'nden kaynaklanan hakları ihlal edebileceği görüşünü Avena ve Diğerleri kararında da devam ettirmiştir. UAD; Avena kararında, LaGrand kararına rağmen doktrininin; Amerikan ulusal yargılamalarında davacı olan Meksika vatandaşlarının Viyana Sözleşmesi'nden kaynaklanan haklarını etkin bir şekilde kullanmasını engellediğinden ihlale neden olduğuna karar vermiştir.¹²³

3. Geçici Önlem Kararına İlişkin Değerlendirme

Geçici önlemler; yargı veya hakemlik organları önündeki uyuşmazlıklarda nihai karar verilinceye kadar tarafların haklarını korumak, bu haklara geri dönülemez zararlar verilmesini veya uyuşmazlığın çözülemez bir hal almasını önlemek amacıyla tarafların belirli eylemleri yapmasını veya yapmamasını öngören geçici nitelikteki hukuki korumalardır.¹²⁴ Pek çok ulusal mahkeme tarafından verilen ihtiyati tedbir kararlarında olduğu gibi, uluslararası mahkemeler de davalı devletin pozisyonu ile başvuran devletin ileri sürdüğü haklar arasında dengeyi gözeterek nihai karar verilmeden geçici önlem kararı alabilir.¹²⁵ Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 41. maddesi, UAD'ye durumun gerektirmesi ve tarafların her birinin haklarının korunması amacıyla bu tür geçici önlemlerin alınması gerektiğini belirtme yetkisi vermektedir ve yetkinin usule ilişkin yönleri, Mahkeme İçtüzüğü'nün 73 ila 78. maddelerinde belirtilmektedir.¹²⁶ Geçici önlem kararı verme yetkisi, UAD'nin ikinci derece

¹²² Nagihan Mazlum, "Medeni Usul Hukukunda Teksif İlkesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, 70(1), 107-144, s. 111-112.

¹²³ Avena and Other Mexican Nationals Case, para. 112.

¹²⁴ Ali Bal, *Uluslararası Adalet Divanının Geçici Tedbirler Rejimi*, 1. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 20-21.

¹²⁵ Stephens, s. 156.

¹²⁶ UAD Statüsü, m. 41. Gündüz, s. 145. UAD Mahkeme İçtüzüğü, m. 73-76, "Rules of Court", (International Court of Justice), <https://www.icj-cij.org/en/rules> Erişim Tarihi: 17.10.2022.

yargı yetkisinin bir parçasıdır ve UAD'nin bir anlaşmazlığın esasını belirleme konusundaki asli yargı yetkisinden bağımsızdır.¹²⁷

Almanya'nın LaGrand davasında Divan'dan talep ettiği bir diğer husus, Divan tarafından 3 Mart 1999'da verilen Walter LaGrand'ın infazının nihai karar verilmeye kadar gerçekleştirilmemesine ilişkin geçici önlem kararını, ABD'nin yerine getirmemesinin hukuka aykırı olduğunun tespit edilmesidir. Almanya dilekçesinde geçici önlemlerin BM Şartı ve UAD Statüsünden kaynaklandığını belirtmiş, geçici önlemlerin kabul edilmesi için usuli önkoşullara ve nihai kararın bağlayıcılığının zorunlu bir sonucu olduğuna ilişkin bazı argümanlar geliştirmiştir. Almanya; ABD'nin yalnızca BM Şartı m. 94(1) ve UAD Statüsü m. 41(1)'i ihlal etmekle kalmayıp yargılama süreci devam ederken bir anlaşmazlığın konusuna müdahale edebilecek herhangi bir eylemden kaçınma yükümlülüğü şeklindeki ilkeyi de ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Almanya geçici önlem kararlarının usul kararları olduğu ve kesin kararlardan ayrıldığı gerçeğine vurgu yapsa da yargılamaların etkililiğini korumak görevini niteliği gereği içerdiğinden bu tür kararların da gerçek yasal yükümlülükler doğurduğunu ve bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesinin iyi niyet ilkesi ile bağdaşmayacağını ortaya koymuştur.¹²⁸

LaGrand kararına kadar UAD, geçici önleme ilişkin çok az talebi sonuçlandırmış, bu karar ile birlikte ilk defa geçici önlem hakkında verilen kararların Akit Devletler açısından bağlayıcı olduğu karara bağlanmıştır.¹²⁹ Geçici önlemlerin bağlayıcı olup olmadığı meselesi tartışmalı olmakla birlikte UAD'nin 3 Mart 1999 tarihli geçici önleme ilişkin kararının ihlal edildiği noktasında 15 yargıçtan 13'ü olumlu oy kullanmıştır.¹³⁰

Almanya, ABD'nin temelde UAD'nin geçici önlem kararına ilişkin olarak 3 ana noktada ihlal oluşturduğunu ileri sürmektedir. İlk olarak, ABD Başsavcısının Yüksek Mahkeme'ye yazdığı bir dilekçede geçici önlem kararlarının bağlayıcı olmadığına dair görüşünü ifade etmesi; ikinci olarak, Yüksek Mahkeme'nin yürütmeyi durdurma kararı vermeyi reddetmesi ve üçüncü olarak, Arizona Valisinin infazın durdurulması emrini vermemesi

¹²⁷ Stephens, s. 86. Yahya B. Gülgeç, "Uluslararası Adalet Divanı'nın Yargı Yetkisi ve Yargı Yetkisini Genişletme Çabalarının Eleştirisi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2015, (117), 379-418, s. 380.

¹²⁸ LaGrand Case, para. 96.

¹²⁹ LaGrand Case, para. 98.

¹³⁰ LaGrand Case, para. 128.

şeklinde dir.¹³¹

ABD ise kendi adına, geçici önlem kararı ile Walter LaGrand'ın planlanan infaz zamanı arasında son derece kısa süre olduğu, ABD'nin federal bir devlet olduğu ve bu tür yetkilerin eyalet hükümetlerinde bulunduğu gerçeği göz önüne alındığında, karara uymak için elinden gelen her şeyi yaptığını savunmuştur.¹³² İlâveten ABD, kararın metninin emredici bir dille ifade edilmediğini, ayrıca UAD Statüsü m. 41(1)'in lafzi ve tarihi yoruma tabi tutulması durumunda herhangi bir yasal yükümlülük oluşturmayacağını anlaşılabileceğini ve bunun doktrinde de ağırlıklı görüş olduğunu savunmuştur. Almanya'nın ileri sürdüğü etkililik ilkesine ise "Mahkemenin kurucu belgelerinin hazırlanmasında soyut mantığın değil, devletlerin endişelerinin ve hassasiyetlerinin etkili olduğu bir alanda Mahkemenin bağlayıcı nihai kararlar verme yetkisine sahip olabileceği, ancak geçici önlemlerle ilgili olarak daha sınırlı bir yetkiye sahip olabileceği tamamen anlaşılabilir bir durum" olduğu yorumunu yapmıştır. Anlaşmazlığın konusuna müdahale edebilecek eylemlerden kaçınma şeklindeki yükümlülüğünün varlığını da reddetmiş, böyle bir yükümlülüğün var olması durumunda Mahkemenin geçici önlemlere ilişkin hükmünün gereksiz olacağını ileri sürmüştür.¹³³

ABD'nin savunması, UAD'nin verdiği geçici önlemlerin bir devleti bağlayıp bağlayamayacağına dair çetrefilli sorudan kaçınması için bir davetken UAD bu davete icabet etmemiştir.¹³⁴ UAD, ABD yargı makamının yürütmeyi durdurmaya yetkili olduğu halde bu kararı vermekten kaçınmasına atıfta bulunmuştur.¹³⁵ Böylece ABD'nin temel argümanları reddedilerek davada geçici önlemlerin bağlayıcı yükümlülükler oluşturup oluşturamayacağı sorunsalı üzerinde odaklanılmıştır.

Geçici önlemlerin bağlayıcı olup olmadığı öğretide de tartışma konusu olan bir konudur. Fitzmaurice UAD'nin geçici önlemler kararları verme yetkisinin temelinde tarafların ihlali muhtemel haklarının korunması ya da bu haklara herhangi bir zararın verilmesinin engellenmesi amacının yattığını ifade etmektedir. Bu nedenle geçici önlem kararı verme yetkisi, alınması mutlaka zorunlu olduğu durumlarda ve yalnızca gerekli şartlar oluştuğunda

¹³¹ LaGrand Case, para. 94.

¹³² LaGrand Case, para. 95.

¹³³ LaGrand Case, para. 96. Stephens, s. 157.

¹³⁴ Stephens, s. 157.

¹³⁵ LaGrand Case, para. 111-115.

devreye girdiğinden; bu kararların bağlayıcı hukuki niteliğe sahip olduğunu savunmaktadır. Aksi halde uygulanamayan ya da bağlayıcı olmayan geçici önlem kararı verme yetkisinin amacıyla çelişeceğini belirtmektedir.¹³⁶ Öte yandan Thirlway, UAD Statüsü m. 41'in, Statü metninin hazırlık çalışmaları ile beraber değerlendirildiğinde geçici önlemlerin bağlayıcı olmayacağı sonucuna ulaşılacağını ileri sürmektedir. Eğer görüşmeciler devletlerin böyle bir niyeti olsaydı, söz konusu metni bağlayıcı olarak düzenleme imkânına sahip olduklarını ancak bunu yapmayarak geçici önlemleri bağlayıcı hale getirme niyetinde olmadıklarının anlaşılacağını ifade etmiştir.¹³⁷ Nitekim kararda da geçici önlemlere ilişkin itirazlar öğretilerdeki görüş farklılıklarına paralel olarak 41. maddenin yorumlanması çerçevesinde şekillenmiştir.

UAD; bu davadan önce ne kendisinin ne de USAD'ın geçici önlemlerin bağlayıcı olup olmadığı sorunsalını çözüme kavuşturma ihtiyacını hissetmediğini ancak bu davada böyle bir ihtiyacın vuku bulunduğunu ifade etmiştir.¹³⁸ LaGrand davasındaki bu sorunsalı çözümlenmesi esnasında UAD Statüsünün 41. maddesinin yorumlanması anlamına da gelmektedir.¹³⁹

Söz konusu maddenin İngilizce çevirisi incelendiğinde ilk başta emredici bir nitelik taşıyor gibi görünmemektedir. Öte yandan metnin Fransızca çevirisi İngilizce çevirisine nazaran daha emredici ifadeler kullanarak iki metin arasında yorum farklılıklarına yol açmıştır. ABD metnin İngilizce halinde Fransızca örneğine nazaran daha az emredici bir üslubun kullanılmasını 41. maddenin emredici olmadığı şeklinde yorumlamıştır.¹⁴⁰ Bu konuda BM Şartı

¹³⁶ G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, s. 542 (1986), aktaran Alexander Orakhelashvili, "Questions of International Judicial Jurisdiction in the LaGrand Case", *Leiden Journal of International Law*, 2002, 15(1), 105-130, s. 116.

¹³⁷ H. Thirlway, *Indication of Provisional Measures by the International Court of Justice*, in R. Bernhardt (Ed.), *Interim Measures Indicated by International Courts* 28 (1994), aktaran Orakhelashvili, s. 116.

¹³⁸ LaGrand Case, para. 98. Stephens, 157.

¹³⁹ UAD Statüsü m. 41 Türkçe çevirisi şu şekildedir: Divan durumun gerektirdiğine hükmederse, tarafların her birinin haklarını korumak için hangi geçici önlemlerin alınması gerektiğini belirleme yetkisine sahiptir. Öngörülen bu önlemler, kesin karardan hemen önce taraflara ve Güvenlik Konseyine bildirilir. (Çeviri için bkz. Gündüz, s. 145)

¹⁴⁰ 41.madde metninin İngilizce aslı şu şekildedir. "1. *The Court shall have the power to indicate, if it considers that circumstances so require, any provisional measures which ought to be taken to preserve the respective rights of either party.* 2. *Pending the final decision, notice of the measures suggested shall forthwith be given to the parties and to the Security Council.*" Fransızca aslı ise şu şekildedir: "1. *La Cour a le pouvoir d'indiquer, si elle estime que les circonstances l'exigent, quelles mesures conservatoires du droit de chacun doivent*

ve UAD Statüsünde yol gösterici başkaca bir hüküm de bulunmadığından UAD bu hükmü yorumlarken aynı zamanda bir örf adet hukuku kuralı olan 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (VAHS) m. 31(1) çerçevesinde konu ve amacı ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanması gerektiği hükmüne başvurmuştur.¹⁴¹ Ayrıca iki veya daha fazla dilde tevsik olunan andlaşmalar açısından VAHS'nin m. 33(4) hükmü ışığında andlaşmanın konu ve amacı göz önüne alındığında geçerli metinler arasında metni en iyi uzlaştıran mananın benimseneceği kararlaştırılmıştır.¹⁴²

Yapılan açıklamalar doğrultusunda geçici önlemlerin Statünün konu ve amacına uygun olduğu nasıl belirlenecektir? İlk olarak; Divan kararında, UAD Stataüsü'nün temel amacının bağlayıcı kararlar ile uyumsuzluğun yargısal çözümünü kolaylaştırmak olduğu ve 41. maddenin yargılama sırasında tarafların haklarına hanel gelebileceği durumlarda Divan'ın işlevlerini yerine getirebilmesi amacıyla tasarlandığı sonucuna ulaşmıştır.¹⁴³ Divan'a göre hem Statünün hem de 41. maddenin konu ve amacı ışığında taraflara geçici önlem alınmasını belirtme yetkisinin amacı, tarafların haklarının korunmasına ve bu haklara zarar verilmemesine dayanıyor ve koşullar bu önlemlerin alınmasını gerektiriyorsa alınacak geçici önlem kararları bağlayıcı olmalıdır. Dolayısıyla Divan'a göre geçici önlemlerin bağlayıcı olmaması durumu 41. maddenin konu ve amacıyla bağdaşmayacaktır.¹⁴⁴

Divan'ın 41. maddeye ilişkin yorumu; taraflar devletlerin niyetinin ve hazırlık çalışmalarının göz önünde bulundurulması gerektiğini söyleyen geleneksel yorum yönteminden ayrılmıştır. Zira taraf devletlerin iradesini arayan geleneksel yorumda yargı yetkisinin temelini devletin buna rıza göstermesinden kaynaklandığı varsayımından hareket etmektedir.¹⁴⁵ Nitekim

être prises à titre provisoire. 2. En attendant l'arrêt définitif, l'indication de ces mesures est immédiatement notifiée aux parties et au Conseil de sécurité." Frnsızca aslında olan "doivent" ifadesi için İngilizce aslında daha emredici bir niteliğe sahip "must" ya da "shall" ifadeleri kullanılabilirken "ought to" ifadesinin kullanılması ABD tarafından geçici önlemlerin bağlayıcı karakterinin olmadığı şeklinde yorumlanmıştır. Yine 2. paragrafta kullanılan "emredilen" anlamına gelen "ordered" ifadesi kullanılabilirken "önerilen" anlamına gelen "suggested" ifadesinin kullanılmasını, aynı şekilde yorumlamıştır. LaGrand Case, para. 100. Stephens, s. 158.

¹⁴¹ LaGrand Case, para. 99.

¹⁴² 1969 VAHS, m. 33(4). LaGrand Case, para. 101.

¹⁴³ LaGrand Case, para. 102.

¹⁴⁴ LaGrand Case, para. 102.

¹⁴⁵ Orakhelashvili, s. 117.

bu görüşte olan Yargıç Oda da karşıt görüşünde geçici önlemlerin bağlayıcı olduğunu destekleyen sebeplerin Statü hükümlerinde açıkça belirlenebilir olması gerektiğini ifade etmiştir.¹⁴⁶

Divan 41. maddenin yorumunda uluslararası bir mahkemenin statüsünü bir andlaşma olarak kabul etmiş, uluslararası kuruluşlara birtakım yetkiler veren andlaşmaların doğasından kaynaklanan bazı kısıtlamalara tabi olması gerektiği görüşüne katılmamıştır. Yani VAHS'nin andlaşma yorumlama yöntemlerine bağlı kalarak hazırlık çalışmalarından önce andlaşmanın konu ve amacı ışığında verilecek manaya öncelik vermiştir.¹⁴⁷ Hâlbuki yukarıda da bahsedildiği üzere birtakım yetki sağlayan kurucu andlaşmalar geleneksel olarak dar bir yoruma tabi tutulmakta, tarafların niyetleri ve bu bağlamda hazırlık çalışmaları yorumlama esnasında daha ön planda tutulmaktadır. Divan'ın LaGrand kararında başvurduğu yöntem, mahkemelerin önüne gelen uyuşmazlıklarda uluslararası andlaşmaların konu ve amacına uygun sonuçların meydana gelmesini sağlayacak şekilde amaçsal yorumlanması eğilimindeki artışın bir sonucudur. Nitekim bu yorum yöntemi, zımni yetkiler doktrinini yani uluslararası örgütlerin ya da mahkemelerin kurucu sözleşmelerinde açıkça yer almasa da ihdas edildiği fonksiyonu yerine getirebilmek için üstü kapalı olarak sahip olduğu yetkilerin varlığını ve işleyişini de desteklemektedir.¹⁴⁸

Divan LaGrand kararında ayrıca USAD'nin, Sofya ve Bulgaristan Arasındaki Elektrik Şirketine ilişkin verdiği kararında uyuşmazlığın taraflarının, verilecek kararın icrası bakımından zarar verici etki yaratabilecek her türlü tedbirden kaçınma şeklindeki uluslararası hukuk ilkesine ve bu ilkenin uluslararası mahkemeler ve sözleşmelerce kabul edildiğine atıf yapmıştır.¹⁴⁹ Ancak 41. maddenin yorumu ile ne şekilde bağlantılı olduğu açıklanmamakla birlikte ilkenin bu tür kararların bağlayıcı niteliğine vurgu yaptığı ifade edilmektedir.¹⁵⁰

¹⁴⁶ LaGrand, Dissenting Opinion of Judge Oda, para. 30.

¹⁴⁷ Nitekim VAHS, m. 31(1) hükmünde andlaşmanın bütünü içerisinde, hükümlerin konu ve amacı ışığında verilecek alelade manaya uygun bir şekilde iyi niyetle yorumlanmasını genel yorum kuralı olarak belirlemiştir. Öte yandan anlaşmanın hazırlık çalışmaları dâhil yapılmış şartlarını incelemenin tamamlayıcı yorum araçları bağlamında başvurulabileceğini m. 32 kapsamında ortaya koymaktadır.

¹⁴⁸ Orakhelashvili, s. 118.

¹⁴⁹ PCIJ, The Electricity Company of Sofia and Bulgaria (*Belgium v. Bulgaria*), P.C.I.J. Series A/B, No. 79/26, 26 January 1938, para. 199, aktaran LaGrand Case, para. 103.

¹⁵⁰ LaGrand Case, para. 103.

Öte yandan UAD, Güvenlik Konseyi'ne nihai kararların uygulanması için bir mekanizma sağlayan BM Şartı'nın 94. maddesi anlamında bir 'karar' olmadıkları için geçici önlemlerin bağlayıcı olarak kabul edilmemesi gerektiği argümanını da ele almıştır.¹⁵¹ UAD, 94. maddenin¹⁵² ne geniş ne de dar yorumunun, geçici önlemlerin bağlayıcı güce sahip olmasını engellediği sonucuna varmıştır.¹⁵³ Stephens, bu bağlamda UAD'nin, Güvenlik Konseyi'ne geçici önlemler hakkında bildirimde bulunulmasını öngören UAD Statüsü'nün 41(2) maddesine atıf yapmamasına dikkat çekmiştir. Zira Stephens'a göre maddede yer alan geçici önlem kararlarının nihai karardan önce Güvenlik Konseyi'ne bildirilmesi yükümlülüğü, geçici önlemlerin bağlayıcı olup olmadığı ile bunların Güvenlik Konseyi tarafından uygulanabilirliği sorunuyla oldukça alakalıdır.¹⁵⁴

Divan, geçici önlemlerin bağlayıcı olduğuna karar verdikten sonra kararda yerine getirilmesi istenen önlemlerin yerine getirilip getirilmediğini incelemiştir. 3 Mart 1999 tarihli geçici önlem kararında Divan iki adet geçici önlemin ABD tarafından alınması gerektiğini belirtmiştir. Bunlardan ilki ABD yetkili makamlarının, UAD tarafından nihai karar verinceye kadar Walter LaGrand'ın infaz edilmemesi için gerekli tüm tedbirleri alması ve aldığı tedbirleri Mahkemeye bildirmesi, ikincisi ise söz konusu geçici önlem kararının Arizona Valisine bildirilmesidir. ABD'nin Divan'a 8 Mart 1999'da sunduğu dilekçede söz konusu kararın Arizona Valisine 3 Mart'ta iletildiği belirtilmiş, ancak çok geç alınan bu kararın zaman sınırı nedeniyle önlem almada daha fazla ilerlemenin kaydedilemediği bildirilmiştir. UAD ise geçici önlem kararında alınması istenen önlemlerden ikincisinin yerine getirilse de Walter LaGrand'ın infaz edilmemesi için tüm önlemleri almadığını, bu önlemin bir sonuç yükümlülüğü doğurduğunu ve istenen sonucun yani Walter LaGrand'ın infaz edilmesinin engellenmesinin gerçekleşmediğini belirtmiştir. Bu nedenle de geçici önlem kararının yerine getirilmediğine karar vermiştir.¹⁵⁵

¹⁵¹ LaGrand Case, para. 108.

¹⁵² Madde 94: 1. Birleşmiş Milletler'in her üyesi, taraf olduğu tüm uyuşmazlıklarda, Uluslararası Adalet Divanı'nın kararına uymayı yükümlenir. 2. Bir uyuşmazlığın taraflarından biri, Divan'ın verdiği bir hükme göre kendisine düşen yükümlülükleri yerine getirmese, öbür taraf Güvenlik Konseyi'ne başvurabilir Konsey de gerekli görürse, hükmün yerine getirilmesi için tavsiyelerde bulunabilir ya da alınacak önlemleri kararlaştırabilir.

¹⁵³ LaGrand Case, para. 108.

¹⁵⁴ Stephens, s.159.

¹⁵⁵ LaGrand Case, para. 111.

UAD uygulamada geçici önlem kararı verirken yargı yetkisi olup olmadığını öncelikli olarak aramamakta ancak *prima facie* yargı yetkisinin varlığını karar verme için yeterli görmektedir.¹⁵⁶ Ancak bu uygulamada bazı sorunlara yol açabilmektedir. Örneğin geçici önlem kararına hükmedildikten sonra yargı yetkisinin olmadığı anlaşılırsa aleyhine geçici önlem kararı verilen devlet için bir giderim ya da başvuru yolu öngörülmemiştir.¹⁵⁷ Nitekim Büyük Kemerden Geçiş Davasında Danimarka, Finlandiya'nın talep ettiği geçici önlemlere uymaktan kaynaklanan zararına karşı tazminat istemiş, Finlandiya ise UAD'nin, 41. madde kaynaklı tazminat talep etme yetkisinin bulunmadığını öne sürmüştür.¹⁵⁸ Ancak, bu konu, LaGrand davasında geçici önlemlerin yerine getirilmemesi ve dava sonucunda geçici önlemlerin bağlayıcı olduğunun tespit edilmesi nedeniyle kararda değerlendirilememiştir. Bu sorunun da bazı devletlerin, kendileri açısından dezavantajlı geçici önlem kararlarını yerine getirmek yerine doğrudan UAD'nin yargı yetkisini tanıdıkları beyanını geri çekmeleri sonucunu doğuracağı, Yargıç Oda tarafından karşı görüşünde belirtilmiştir.¹⁵⁹

4. Muhtemel İhlallerin Gerçekleşmemesine Dair Güvence Talebinin Değerlendirilmesi

Dördüncü ve son itirazında Almanya, ABD'den ihlalin gelecekte Alman vatandaşlarına yönelik tutuklamalarda veya cezai yargılamalarda tekrarlanmamasına yönelik güvence istemiştir.¹⁶⁰ Ek olarak 36. madde haklarının etkin bir şekilde kullanılması için ABD yasalarında ve uygulamasında etkili inceleme yapılmasını talep etmiştir. Özellikle ölüm cezasını içeren davalarda, bunun ABD'nin 36. madde kapsamındaki hakların ihlali nedeniyle zarar gören ceza mahkûmiyetleri için etkili bir inceleme ve giderim yöntemleri sağlamasını gerektirdiğini iddia etmiştir.¹⁶¹ Ancak muhtemel ihmallerin tekrarlanmaması için uygulanacak yöntemlerin seçimini ABD'ye bırakmıştır.¹⁶²

¹⁵⁶ Bal, s. 83.

¹⁵⁷ Stephens, s. 160.

¹⁵⁸ ICJ, Passage Through Great Belt (*Finland v. Denmark*), Order of 29 July 1991.

¹⁵⁹ LaGrand, Dissenting Opinion of Judge Oda, para. 10.

¹⁶⁰ LaGrand Case, para. 117.

¹⁶¹ LaGrand Case, para. 120.

¹⁶² LaGrand Case, para. 118.

Uluslararası mahkemelerin genel olarak karara bağladıkları uyuşmazlıklarda uyuşmazlığın giderilmesi için uygun çözüm yoluna karar verme noktasında serbest oldukları ve bu yetkiye doğal olarak sahip oldukları Chorzó Fabrikası Davası¹⁶³, Korfu Kanalı Davası¹⁶⁴, Almanya/İzlanda Balıkçılık Davası¹⁶⁵ gibi davalarda genel olarak kabul edilmiştir.¹⁶⁶ USAD, Chorzó Fabrikası Kararında haksız bir fiil neticesinde tazminata hükmetme yetkisinin Divan'ın yargı yetkisinin içinde olduğunu ve tarafların tazminat için ek onayının gerekli olmadığı görüşünü kabul etmiştir.¹⁶⁷ Ancak ABD Almanya'nın muhtemel ihlallerin tekrarlanmaması için güvence talebinin ilk üç itirazdan tamamıyla farklı bir niteliğe sahip olduğunu, bu itiraza karşı talep edilen giderimin UAD'nin yetkisini aştığını ve bu talebin UAD içtihatlarında rastlanmamış bir olgu olduğunu savunmuştur. Zira Viyana Sözleşmesi'nin yorumu ve uygulamasından ihlalin tekrarlanmamasına yönelik bir yükümlülüğün çıkarılamayacağını, olağan giderim taleplerinin aksine bu talebin geleceğe yönelik olduğunu, bu nedenle de bunun uygun bir giderim talebi olmadığını ifade etmiştir. Ayrıca söz konusu talebin UAD'nin yargı yetkisi kapsamının dışında olduğunu ileri sürmüştür.¹⁶⁸ Görüldüğü üzere geçici önlem hususunda olduğu üzere ABD; devlet rızasının merkezi öneme sahip olduğu klasik uluslararası hukuk temelli görüşünü, muhtemel ihlaller argümanında da devam ettirmiştir.

ABD savunmasının devamında hükümetinin her seviyesindeki yetkilinin Viyana Sözleşmesi'nden kaynaklanan konsolosluk bildirim rejimini geliştirmeye ve bu tür durumların gerçekleşme ihtimalini düşürmeye yönelik çabalara “enerjiyle giriştiğine” işaret etmiştir.¹⁶⁹ Ayrıca, Almanya'nın talebinin ABD'nin bir daha herhangi bir Alman vatandaşının konsolosluga bildirim hakkından mahrum bırakmayacağını temin etmesi anlamına geleceğini, bu durumun uluslararası hukukta daha önce rastlanmamış hukuki bir yükümlülük

¹⁶³ PCIJ, Case concerning the Factory at Chorzó, Judgment of 26 July 1927, 1927 PCIJ (Ser. A) No. 8, 4, s. 23.

¹⁶⁴ ICJ, Corfu Channel, Merits, Judgment of 9 April 1949, 1949 ICJ Rep. 4, s. 26.

¹⁶⁵ ICJ, Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland), Merits, Judgment of 25 July 1974, 1974 ICJ Rep. 175, s. 203.

¹⁶⁶ Orakhelashvili, s. 114.

¹⁶⁷ Factory at Chorzó Case, s. 23.

¹⁶⁸ LaGrand Case, para. 119.

¹⁶⁹ LaGrand Case, para. 121.

doğuracağını ileri sürmüştür.¹⁷⁰

ABD'ye göre Viyana Sözleşmesi'nden kaynaklanan konsolosluga bildirim ve erişim hakkı yalnızca ülkesindeki yabancılar için önem teşkil etmemekte, aynı zamanda yurt dışında yaşayan veya seyahat eden Amerikan vatandaşları için de dikkat ve özen gerektirmektedir. Bu amaçla Ocak 1998'de konsolosluga erişim ve bildirim hakkının federal ve eyalet düzeyinde uygulanması için kitapçıklar hazırlanmış, ülke genelinde dağıtmıştır.¹⁷¹ Almanya ise resmi özrün ve broşür hazırlamanın giderim için yeterli olamayacağını, ABD yasaları ve uygulamalarında değişimin etkin bir güvence için şart olduğunu ifade etmiştir.¹⁷²

UAD; Divan'ın yetkisizliği iddiasını reddederek Chorzów Fabrikası Kararına atıf yapmıştır. Uyuşmazlığın Viyana Sözleşmesi'nin yorumlanması ve uygulamasından kaynaklandığını, bu nedenle yargı yetkisi olduğunu ve giderim yöntemlerine başvurmanın yargı yetkisinin içinde olduğunu kararlaştırmıştır.¹⁷³ Ayrıca Divan, ABD'nin konsolosluk bildirim yükümlülüğünü yerine getirmediğini kabul ettiğini ve bunun için Almanya'ya özür sunduğunu belirtmiş ve Birleşik Devletlerin tekrar tekrar atıfta bulunduğu geniş ve ayrıntılı programın, Almanya'nın tekrarlamama konusundaki genel güvence talebini karşıladığının kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır.¹⁷⁴ Almanya'nın ABD ulusal hukukuyla ilgili özel talebine gelince, UAD, bu etkinin kendi ulusal hukukunda 36. maddede yer alan haklara verilmesini gerektiren m. 36(2) hükmünün özel olarak usuli hata kuralı tarafından değil kuralın belli koşullarda uygulanışı nedeniyle ihlal edildiği sonucuna ulaşmış, kuralın tek başına Viyana Sözleşmesi'ne aykırılık oluşturmadığını tespit etmiştir.¹⁷⁵ UAD; dördüncü itiraz açısından incelemesini kararın en önemli bölümlerinden birinde şu şekilde ifade etmiştir: “*ABD, Alman vatandaşları aleyhine konsolosluga bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde, ilgili kişilerin uzun süreli gözaltında tutuldukları veya mahkûm edildikleri ve ağır cezalara çarptırıldıkları durumlarda bir özür yeterli olmayacaktır. Böyle bir mahkûmiyet ve ceza verilmesi durumunda, Sözleşme'de belirtilen*

¹⁷⁰ LaGrand Case, para. 119.

¹⁷¹ LaGrand Case, para. 121.

¹⁷² LaGrand Case, para. 122.

¹⁷³ LaGrand Case, para. 48.

¹⁷⁴ LaGrand Case, para. 123-124.

¹⁷⁵ LaGrand Case, para. 125.

hakların ihlalini göz önünde bulundurarak mahkûmiyet ve cezanın gözden geçirilmesine ve yeniden ele alınmasına izin vermek ABD'nin görevi olacaktır. Bu yükümlülük çeşitli şekillerde yerine getirilebilir. Araçların seçimi ABD'ye bırakılmalıdır.”¹⁷⁶

UAD'nin Almanya'nın dördüncü itirazına ilişkin vardığı sonuç, bireysel hakların bir devletin hakları ile kesişebileceğini ve böylece devletin haklarının varlığının teyit edilmesinin bireylerin de haklarını koruyabileceğini en açık şekilde göstermektedir.¹⁷⁷ UAD, bu karar ile gönderen devlet vatandaşının uzun süreli tutukluluk veya ağır cezalara mahkûm edilmesi durumunda, ancak 36. madde haklarının amaçlarına gösterilen dikkat ile bu hakların ihlal edilmesinden önce etkili bir çözüm yolunun oluşturulabileceği sonucuna varmıştır.¹⁷⁸ Ayrıca Divan söz konusu itiraza ilişkin verdiği hükümde her iki tarafın tartışmalarını uzlaştırıcı bir pozisyon almış görünmektedir. ABD'nin kendi ulusal hukukunda aldığı önlemleri güvence için yeterli görmüş, ABD'nin, yargılama sürecinde, Sözleşme kapsamındaki belirli yükümlülüklerle uyumu sağlamak için yürüttüğü önemli faaliyetlere dikkat çekerek bu çabalarını ihlal yapmama yönündeki arzusunu yansıttığını ifade etmiştir.¹⁷⁹ Öte yandan, davalıya gelecekte Sözleşme'de belirtilen hakların ihlalini göz önünde bulundurarak mahkûmiyet ve cezanın gözden geçirilmesine ve yeniden ele alınmasına izin verme görevi yüklenmiştir.¹⁸⁰ Bu kararla birlikte Almanya, ABD'den bu görevini yerine getirmesini talep edebilir; ABD, gelecekte Viyana Sözleşmesi'nin 36. maddesini yerine getirmemesi durumunda hükmün ve cezanın incelenmesi ve yeniden değerlendirilmesine izin vermek zorundadır.¹⁸¹

Ç. Karara İlişkin Diğer Görüşler

LaGrand kararı sonrasında karara Başkan Guillaume kısa bir deklarasyon metni; Başkan Yardımcısı Shi, Yargıç Koroma ve Yargıç Parra-Aranguren karardan ayrı görüşler; Yargıç Oda ve Yargıç Buergenthal ise karara karşı görüşler sunmuşlardır. Temelde tartışma dâhilinde üç görüş olduğu görülmüştür. Bunlardan ilki taraflar arasında gerçek bir anlaşmazlık olup

¹⁷⁶ LaGrand Case, para. 125.

¹⁷⁷ Orekhelashvili, s. 123. Stephens, s. 163.

¹⁷⁸ Stephens, s. 163.

¹⁷⁹ LaGrand Case, para. 123-124.

¹⁸⁰ LaGrand Case, para. 125.

¹⁸¹ Orekhelashvili, s. 123.

olmadığının tespiti; ikincisi 36. maddenin taraf devletler yanında etkilenen bireylere de haklar sağlayıp sağlamadığı ve son olarak UAD Statüsü 41. madde kapsamında alınan geçici önlemlerin uluslararası hukukta bağlayıcı olup olmadığıdır.

Davalı olan ABD; uyuşmazlık konusu ihlalin varlığını hem kabul etmiş, hem de bundan dolayı özür dilediği için gerçek bir uyuşmazlığın olup olmadığı yargıçlar arasında tartışma konusu olmuştur. Yargıç Parra-Aranguren; UAD Statüsü m. 38(1)'de ve Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi'nden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümüne İlişkin İhtiyari Protokol'de, Viyana Sözleşmesi'nin yorumu ve uygulaması hakkında çıkacak uyuşmazlıklardan bahsetmiş ve her iki durumda da Divan'ın yargı yetkisinin oluşabilmesi için bir uyuşmazlığın varlığının arandığını ifade etmiştir. ABD'nin yargılama sürecinde Viyana Sözleşmesi m. 36(1)'i ihlal ettiğini kabul etmesi nedeniyle bu hüküm açısından gerçek bir uyuşmazlığın bulunmadığını ifade etmiştir.¹⁸² Ancak m. 36(1)(b) hükmünün ihlalinin sonuçları açısından tarafların anlaşamamalarından kaynaklı gerçek bir uyuşmazlık bulunduğu UAD'nin uyuşmazlığı m. 36(1)(b) açısından inceleyebileceğini belirtmiştir.¹⁸³ Yargıç Parra-Anguren'in hüküm ve hükmün sonuçları açısından bir ayrıma gittiği, ABD'nin de hükmün ihlalini kabul ettiği, ancak sonuçları açısından Almanya ile anlaşmazlığa düştüğü görüşünü benimsediği görülmektedir.¹⁸⁴

Yargıç Oda da ayrı görüşünde uyuşmazlığın var olup olmadığı meselesine on iki sayfa ayırmış, sorunu temelde Almanya, ABD ve son olarak Divan'ın kendisi tarafından yapılan bir dizi hatanın sonucu olarak görmüştür. Almanya'nın 2 Mart 1999 tarihli başvurusunda Viyana Sözleşmesi'nin uygulanması veya yorumlanmasından kaynaklanan bir uyuşmazlıkla alakalı bir beyanda bulunmadığını ancak 22 Şubat 1999'da (Walter LaGrand'ın infazından iki gün önce) Alman Dışişleri Bakanı, Amerikan mevkidaşına sanıkların konsoloslığa bildirim hakkından mahrum bırakıldığını belirttiğini ifade etmiştir. Yargıç Oda'ya göre Almanya, LaGrand kardeşlerin suçu işledikleri 1982 yılından itibaren ilk defa Viyana Sözleşmesi'nin ihlalini iddia

¹⁸² ICJ, *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Seperate Opinion of Judge Parra-Anguren, para. 10.

¹⁸³ LaGrand, Seperate Opinion of Judge Parra-Anguren, para. 11.

¹⁸⁴ Jennings, s. 43.

etmiş ve taraflar arasında bir uyuşmazlık olduğunu iddia etmiştir.¹⁸⁵ Dolayısıyla Yargıç Oda'ya göre 2 Mart 1999 tarihinde Almanya'nın Walter LaGrand'ın infaz edilmemesi için yaptığı tek taraflı başvurusuna ABD'nin itiraz etmemesi sonucunda Divan'ın yargı yetkisi oluşmuştur. Ancak davanın devamında Almanya'nın farklılaşan talepleri davanın seyrini değiştirmiş ve Divan'ın yargı yetkisi sorgulanır hale gelmiştir.¹⁸⁶ Yargıç Oda'ya göre Almanya'nın başvuru dilekçesinde belirttiği Viyana Sözleşmesi'nin konsolosluk bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmeyerek ihlal edildiği hususu ABD tarafından kabul edildiğinden taraflar arasında gerçek bir uyuşmazlık bulunmamaktadır.¹⁸⁷

Davaya yargıçlar tarafından yapılan yorumlarda tartışılan ikinci temel husus Viyana Sözleşmesi'nin yorumu ve bireysel haklar meselesidir. Yargıç Shi'nin ayrı görüşü bu husus açısından önem taşımaktadır. Yargıç Shi, Divan'ın ABD'nin LaGrand kardeşlere ilişkin konsolosluga bildirim yapmayarak Viyana Sözleşmesi'nden kaynaklanan yükümlülüğünü Almanya'ya karşı ihlal ettiği kararına katılsa da LaGrand kardeşlere karşı yükümlülüğünü ihlal ettiği konusunda kuşkuları olduğunu dile getirmiştir.¹⁸⁸ Yargıç Shi bu görüşünü bireylerin kişiliği tartışmasından kaçınarak 36. maddenin doğru yorumlanıp yorumlanmadığı üzerinden ifade etmiştir.¹⁸⁹ Buna göre Yargıç Shi, ABD'nin "Viyana Sözleşmesi uyarınca konsolosluga bildirim ve erişim haklarının her halükarda bireylerin değil, devletlerin hakları arasında olduğu" görüşüne katılmıştır.¹⁹⁰ Yargıç Shi, taraflarının niyetinin belirlenmesinde sözleşme hükümlerinin lafzının dikkate alınmasının her zaman doğru sonuç veremeyebileceğine dikkat çekmiştir. Sonrasında görüşünde Viyana Sözleşmesi'nin dilini, önsözünü ve başlığını incelemiş ve önsözünde de belirtildiği üzere konsolosluk ilişkileri hakkında uluslararası bir sözleşme akdedilmesinin amacının devletler arasında dostane ilişkilerin geliştirilmesine katkıda bulunmak olduğunu ortaya koymuştur. Sözleşme'nin önsözünde herhangi bir şekilde bireylere belirli haklar yaratılmasına atıfta bulunulmadığına dikkat çekmiştir.¹⁹¹ Ayrıca Viyana Sözleşmesi'nin hazırlık çalışmalarını da

¹⁸⁵ LaGrand, Dissenting Opinion of Judge Oda, para. 7.

¹⁸⁶ LaGrand, Dissenting Opinion of Judge Oda, para. 20.

¹⁸⁷ LaGrand, Dissenting Opinion of Judge Oda, para. 19.

¹⁸⁸ ICJ, *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Seperate Opinion of Vice President Shi, para. 2.

¹⁸⁹ Jennings, s. 46.

¹⁹⁰ LaGrand, Seperate Opinion of Vice President Shi, para. 9.

¹⁹¹ LaGrand, Seperate Opinion of Vice President Shi, para. 8.

incelemiş ve akdedilmesindeki koşulların ve hazırlık çalışmalarının Yargıç Shi'nin şüphelerini doğrular gözüktüğünü belirtmiştir.¹⁹² Buna göre Divan'ın kararının Sözleşme'nin m. 36(1)(b) hükmünde yer alan "...ve yine bu makamlar, bu bentle (*kişiye*) *tanınmış olan haklar* hakkında ilgili kişiye gecikmeksizin bilgi vereceklerdir." ifadesinden kaynaklandığını savunmuştur.¹⁹³ Bu hususta Yargıç Oda da Divan'ın m. 36(1)(c) hükmünün tutuklu bir kişinin konsolosluk haklarına muhalefet ederek devletin müdahil olmasını engelleyebilmesiyle bağlantılı olarak yaptığı yorumu şaşkınlıkla karşıladığını ifade etmiştir. Yargıç Oda m. 36(1)(c) hükmünün, tutuklu bir yabancı uyruklunun suç teşkil eden davranışlarının ve hatta yabancı bir ülkedeki varlığının kendi ülkesinde bilinmesini önlemek için konsolosluk bildiriminden feragat etmesi durumunu sağlamak için Sözleşme'ye dâhil edildiğini ve hükmün başkaca bir anlamı bulunmadığına inandığını belirtmiştir.¹⁹⁴

Ancak bu konuda Yargıç Shi ve Yargıç Oda'nın görüşüne katılmak mümkün değildir. Zira her ne kadar diplomatik koruma devletin hakkı olarak ortaya çıkmış, Viyana Sözleşmesi oluşturulurken tarafların niyetleri, konsolosluk haklarının devletin hakkı olarak ihdas edilmesini amaçlamışsa da Sözleşme'nin ihdasından günümüze kadar insan hakları hukuku önemli derecede gelişim gösterdiği aşikârdır. Bu gelişim, uluslararası hukukun da gelişmesine ve bireyin uluslararası hukuktaki konumunun evrilmesine yol açmıştır. Bu bağlamda Sözleşme'nin, amacı doğrultusunda dinamik bir şekilde yorumlanarak, söz konusu uyuşmazlığa uygulanması daha makul bir yol olmuştur. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında da yer alan dinamik yorum yönteminin, uluslararası insan hakları sözleşmelerinin amaçlarına uygun sonuç doğuracak şekilde uyuşmazlığın niteliği ve koşulları göz önüne alarak aynı hükmün farklı uygulamalar yaratabileceği kabul edilmiştir.¹⁹⁵ LaGrand kararında da bu yorum yöntemine başvurularak, gelişen uluslararası hukuka paralel bir şekilde Sözleşme'nin birey lehine yorumlanması olumlu bir gelişmedir.

Kararda tartışılan son husus geçici önlemler kararı ve UAD Statüsünün 41. maddesidir. Yargıç Oda ayrı görüşünde her ne kadar 3 Mart 1999 tarihli geçici önlem kararına olumlu oy vermiş olsa da bundan pişmanlık duyduğunu

¹⁹² LaGrand, Seperate Opinion of Vice President Shi, para. 8.

¹⁹³ LaGrand, Seperate Opinion of Vice President Shi, para. 16.

¹⁹⁴ LaGrand, Dissenting Opinion of Judge Oda, para. 24.

¹⁹⁵ Akkutay, Diplomatik Koruma ve İnsan Hakları İlişkisi, s. 148.

ifade etmektedir.¹⁹⁶ Yargıç Oda, geçici önlem kararında da ileri sürdüğü deklarasyonda geçici önlemler hakkında görüşünü “genel bir kural olarak, yakın bir ihlale maruz kalan devletlerin onarılamaz olan haklarını korumak için geçici önlemler verilir ve *devletlerin bu hakları* davanın esas aşamasında dikkate alınması gereken haklar olmalı ve davayı başlatan başvurunun konusunu oluşturmalı veya doğrudan onunla ilgili olmalıdır.” şeklinde ifade etmiştir.¹⁹⁷ Ancak Yargıç Oda Divan tarafından öngörülen söz konusu geçici önlemlerin verildiği durumun devletlerin haklarının yakın ve onarılmaz bir ihlalini oluşturmadığını, Walter LaGrand’ın hayatını korumak amacıyla yapılırsa da devletin hakları ile doğrudan bir ilgisi olmadığını savunmuştur.¹⁹⁸

3 Mart tarihli karara karşı oy sunan yargıçlardan Schwebel ise Almanya’nın “olağanüstü aciliyet” nedeniyle talep ettiği ve bu nedenle duruşmasız ve *ex parte* verilen kararın hukuki olmadığını savunmuştur. Zira Mahkeme İçtüzüğü’nün 75. maddesi kapsamında Divan; geçici önlem kararını *proprio motu*, yani herhangi bir tarafın talebi olmadan, gerekli şartları taşıması durumunda verebilir.¹⁹⁹ Ancak İçtüzüğü’nün 74. maddesine göre taraflardan birinin talebi durumunda tarafların temsiline imkân sağlayan bir duruşmanın yapılarak geçici önlem kararına varılması gerekmektedir.²⁰⁰ Her ne kadar olağanüstü bir aciliyet söz konusu ise de Yargıç Schwebel Almanya’nın başvurusunu yıllar, aylar, haftalar hatta günler önce Divan önüne getirebileceğini, böyle bir durumda Divan’ın 1922’den beri sürdürdüğü uygulamasını devam ettirerek geçici önlem talebiyle ilgili duruşmalar yapabileceğine dikkat çekmiştir.²⁰¹ Yargıç Schwebel’in ayrı görüşünde dile getirdiği bu sorunla ilgili olarak Yargıç Buergenthal, Almanya’nın bir insan hayatı söz konusu olduğunda Divan’a geçici önlem için son dakikaya kadar beklemesinin hiçbir mazereti olmadığını savunarak Almanya’yı suçlamıştır.²⁰² Bu nedenle LaGrand kararında esas hakkındaki yargılamalarda da Almanya’nın geçici önleme ilişkin itirazında

¹⁹⁶ LaGrand, Dissenting Opinion of Judge Oda, para. 15.

¹⁹⁷ ICJ, *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Provisional Measures Order of 3 March 1999, Declaration of Judge Oda, para. 5.

¹⁹⁸ LaGrand, Dissenting Opinion of Judge Oda, para. 17.

¹⁹⁹ Mahkeme İçtüzüğü, m. 75(1).

²⁰⁰ Mahkeme İçtüzüğü, m. 74.

²⁰¹ ICJ, *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Provisional Measures Order of 3 March 1999, Separate Opinion of President Schwebel, s. 22.

²⁰² ICJ, *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Dissenting Opinion of Judge Buergenthal, para. 7.

olumsuz oy kullanmıştır.

Almanya'nın geçici önlem kararına ilişkin itirazıyla alakalı iki ayrı görüş sunulmuştur. Yargıç Koroma, Divan'ın geçici önlem kararının bağlayıcılığı meselesinde UAD Statüsü'nün 41. maddesinin yorumunun ilgisi olmadığını, geçici önlem kararlarının bağlayıcı olduğunu ve Divan'ın bu konuda yargılama yetkisinin olduğuna şüphe olmadığını ifade etmiştir. Bu konuda tek endişesinin Divan'ın verdiği bu kararın, önceki geçici önlem kararlarına şüphe düşürmemesi, bu kararda alındığı şekliyle ele alınması gerektiğidir.²⁰³ Yargıç Parra-Aranguren ise bu sorunun Viyana Sözleşmesi'nin İhtiyari Protokolü'nde belirtildiği üzere Viyana Sözleşmesi'nin yorumundan kaynaklanmadığını, ABD ile Almanya arasında 41. maddenin yorumundan kaynaklı bir sorun olduğunu ifade etmiştir. Bu nedenle de Divan'ın söz konusu itirazla alakalı uyumsuzluğu incelemeye yetkisinin bulunmadığını ileri sürmüştür.²⁰⁴

DEĞERLENDİRME

UAD'nin LaGrand kararı pek çok açıdan ilginç bir karar olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira bu karar ile birlikte UAD ilk defa konsolosluk yardım hakkının bireysel bir hak olduğuna hükmetmiş ve diplomatik koruma kurumunu insan haklarını koruma mekanizmalarına biraz daha yaklaştırmıştır. Divan'ın çok taraflı andlaşmadan bireylere yönelik hak tanınması, sadece uyumsuzluk konusu andlaşma ile sınırlı kalacak bir tespit değildir. Akdedilen çeşitli andlaşmalarda konuları bireylere hak tanımak olmasa bile LaGrand kararı sonrasında artık bu ihtimal her zaman gündeme gelebilecektir. Devletin çıkarını korumayı hedefleyen diplomatik koruma kurumunun insan haklarını koruma amacına yaklaştırılması ise günümüz insan hakları anlayışına uyumlu olarak atılmış bir adımdır. Divan'ın, konsolosluk yardım hakkının bir insan hakkı olup olmadığı konusunda cevap vermektan kaçınması eleştirilebilir bir nitelik taşımaktadır. Ancak erken sayılabilecek bir tarihte bu konuya net cevap vermemesi temkinli olmasından kaynaklanmaktadır. Divan'ın kararda idam cezası ile ilgili olarak yorum yapmaktan kaçınması da eleştirilebilecek bir diğer husustur. İnsan hakları konusunun çok defa gündeme geldiği bu kararda idam cezası ile ilgili bir yorumda bulunmaması Divan'ın şimdilik bu konuyu görmezden geldiğini göstermektedir.

²⁰³ ICJ, *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Separate Opinion of Judge Koroma, para. 7.

²⁰⁴ LaGrand, Seperate Opinion of Judge Parra-Anguren, para. 14.

Ayrıca yarım asır boyunca tartışılan geçici önlemlerin hukuki etkisini ortaya koyarak Divan, geçici önlem kararlarının uyumsuzluğun taraflarını bağlayıcı olduğunu açıkça ortaya koymuştur. Bu kararla birlikte öğretilerdeki tartışma da büyük ölçüde sonlanmış, karar öğretide genel olarak destek görmüştür. Divan, nihai kararların uygulanması için elzem olan geçici önlemlerin bağlayıcı olduğunu kabul ederek BM'nin temel yargı organı olarak konumunu güçlendirmiştir. Ancak Divan'ın geçici önlemlerin bağlayıcı olduğunu tespiti, geçici önlem kararlarına aykırılığının devletlerin sorumluluğu sonucuna ulaştıracağından; uygulamada devletlerin bu durumla karşılaşmamak üzere Divan'a yargı yetkisini tanımaktan kaçınabilmeleri söz konusu olabilecektir. Ayrıca Divan'ın geçici önlemler ile ilgili olarak UAD Statüsü'nün 41. maddesinde uyguladığı amaçsal yorum, uluslararası mahkemelere ve örgütlerin kurucu andlaşmalarında belirtilen görevleri yerine getirmek için gerekli zımnî ve doğal yetkilerini kullanabilmelerinin önünü açmaktadır. Ancak devletin günümüz uluslararası hukuk sisteminde hala asli kişi olarak merkezi konuma sahip olması nedeniyle bu doğal yetkilerin yorumlarının kurucu andlaşma hükümlerine dayandırılarak dikkatli bir şekilde yapılması oldukça önemlidir. Zira hala merkezileşmemiş ve ulusal hukuk sistemlerine nazaran daha ilkel ve dolayısıyla kırılğan bir hukuk sistemi olan uluslararası hukuk kurallarının uygulanması için devletlerin bu kuralları benimsemesi büyük önem arz etmektedir.

Karar ayrıca ABD ulusal hukukunun, Viyana Sözleşmesi'nde tanınan konsolosluk haklarının uygulanmasına engel olamayacağını tespit etmesi açısından önemlidir. Müttekabiliyet, uluslararası andlaşmaların uygulanabilirliği açısından çok önemli olduğundan devletlerin kendi ulusal hukuklarında Viyana Sözleşmesi'nin uygulanmasını teşvik edecek düzenlemelere yer vermesi gereklidir. Buna ek olarak ABD'ye Viyana Sözleşmesi'nde belirtilen hakların ihlali durumunda verilecek mahkûmiyet ve cezalarda bunların gözden geçirilmesine ve yeniden ele alınmasına izin verme görevi yüklenmesi, devletleri ceza yargılama sistemlerinde konsolosluk hakları ve Viyana Sözleşmesi'ni yargılamalarda dikkate alma noktasında daha çok teşvik edecektir. Nitekim ABD'nin LaGrand davası sırasında konsolosluk hakları ile alakalı broşürleri devlet kurumlarında dağıtarak, resmi görevlilere eğitim vermesi de bu görüşü destekler niteliktedir.

KAYNAKLAR

- ACER, Y./KAYA, İ., *Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı (İngilizce Özetli)*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 12. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- AKKUTAY, A.İ., “Avrupa Birliği Yurttaşlarının Birlik Üyesi Olmayan Devlet Ülkelerinde Korunmalarının Hukuksal Niteliği”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2013, 32(1), 1-31.
- AKKUTAY, A.İ., *Diplomatik Koruma ve İnsan Hakları İlişkisi*, 1. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.
- AKSAR, Y., *Temel Metinler ve Davalarla Uluslararası Hukuk*, 1. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- BAL, A., *Uluslararası Adalet Divanının Geçici Tedbirler Rejimi*, 1. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2000.
- BISHOP, A. N., “The Unenforceable Rights to Consular Notification and Access in the United States: What’s Changed since the Lagrand Case.”, *Houston Journal of International Law*, 2002, vol. 25, no. 1, 1-98.
- BUYS C. G., “Reflections On The 50th Anniversary Of The Vienna Convention On Consular Relations”, *Southern Illinois University Law Journal*, 2013, 38(57).
- DEEN-RACSMÁNY, Z. “Diplomatic Protection and the LaGrand Case”, *Leiden Journal of International Law*, 2002, 15(1), 87-103.
- DRINAN, C., “Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations: Private Enforcement in American Courts after LaGrand”, *Stanford Law Review*, 2002, Vol. 54, No. 6, 1303-1319.
- DUGARD, J., “First Report on Diplomatic Protection”, (United Nations) <http://legal.un.org/ilc/documentation/english/acn4506.pdf> , Erişim Tarihi: 09.09.2022.
- EIZAGA, L. R., “International v. United States Courts: In Search Of A Right And A Remedy In Article 36 Of The Vienna Convention On Consular Relations”, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2006, 4(7), 221-294.
- FEYZİOĞLU, M., “Anglo Sakson ve Anglo Amerikan Hukuk Düzenlerinde

Habeas Corpus Kurumu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1995, (44), 665-688.

GARCIA, M. J., “Vienna Convention on Consular Relations: Overview of U.S. Implementation and International Court of Justice (ICJ) Interpretation of Consular Notification Requirements”, Congressional Information Service, Library of Congress, 2004.

GÖÇER, M., “Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Ve Diplomatik Himaye Hakkı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, , 2008, 57, 219-236.

GÖKCAN, H. T., “İstinaf Yasa Yolunda İspat ve Delilleri Değerlendirme Esasları”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2012, (10), s. 421-454.

GRAEBNER, R. J., “Dialogue and Divergence: The Vienna Convention on Consular Relations in German, American, and International Courts”, *Georgetown Journal of International Law*, 2011, vol. 42, no. 2, 605-622.

GÜLGEÇ, Y. B., “Uluslararası Adalet Divanı’nın Yargı Yetkisi ve Yargı Yetkisini Genişletme Çabalarının Eleştirisi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2015, (117), 379-418.

GÜNDÜZ, A., “*Milletlerarası Hukuk*”, in Reşat Volkan Günel (ed.), 10. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.

HEEPS, A., “Diplomatic Protection and Human Rights: Quo Vadis.” *King’s Student Law Review*, 2017, vol. 8, no. 2, 1-17.

JENNINGS, R., “The Lagrand Case.” *Law & Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 1, no.1, March 2002, 13-54.

KADISH, M. J., “Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations: A Search for the Right to Consul”, *Michigan Journal of International Law*, 1997, vol. 18, no. 4, 565-614.

KARAZIVAN, N., “Diplomatic Protection: Taking Human Rights Extraterritorially.” *Canadian Yearbook of International Law*, 2006, 44, 299-352.

MAZLUM N., “Medeni Usul Hukukunda Teksif İlkesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, 70(1), 107-144.

- ORAKHELASHVİLİ, A. "Questions of International Judicial Jurisdiction in the LaGrand Case", *Leiden Journal of International Law*, 2002, 15(1), 105-130.
- PAZARCI, H., *Uluslararası Hukuk Dersleri 3. Kitap*, Tamamen Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Turhan Kitabevi, 2019.
- QUIGLEY, J., "LaGrand: A Challenge to the U.S. Judiciary", *Yale Journal of International Law*, 2002, vol. 27, no. 2, 435-440.
- SALİHPAŞAOĞLU, Y./DEĞİRMENCİOĞLU, B., "Unutulma Hakkının Bir 'İnsan Hakkı'na Dönüşme Yolculuğu", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, C. XXIV, Sa. 2, 361-388.
- STEPHENS, T., "The LaGrand case (Federal Republic of Germany v United States of America): the right to information on consular assistance under the Vienna Convention on Consular Relations. A right for what purpose?" *Melbourne Journal of International Law*, 2002, 3(1), 143-164, s. 152
- ULUKAPI, Ö., & YARDIMCI, T. E., "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Sonradan Delil Gösterilmesi" *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, 16, 483-507.
- WEINMAN, J. L. "The Clash Between US Criminal Procedure and the Vienna Convention on Consular Relations: An Analysis of the International Court of Justice Decision in the LaGrand Case" *Am. U. Int'l L. Rev.*, 2012, 17:857.

ULUSLARAR MAHKEME KARARLARI

Inter-American Court of Human Rights, "The Right to Information on Consular Assistance In the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law", Advisory Opinion OC-16/9 of October 1, 1999. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_ing.pdf Erişim Tarihi: 17.10.2022.

ICJ, Barcelona Tarction Light and Power Case (*Belgium v. Spain*) , I.C.J. Reports, 5 February 1970.

ICJ, Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals (*Mexico v. United States of America*), I.C.J Reports, 31 March 2004.

ICJ, Case Concerning The Vienna Convention on Consular Relations (*Paraguay v. United States of America*), I.C.J Reports, 9 June 1988.

ICJ, Jadhav Case (*India v. Pakistan*) Judgment, I.C.J Reports, 17 July 2019.

ICJ, LaGrand Case (*Germany v. United States of America*), Judgement Merits, 27 June 2001.

ICJ, LaGrand Case (*Germany v. United States of America*), Dissenting Opinion of Judge Oda.

ICJ, LaGrand Case (*Germany v. United States of America*), Dissenting Opinion of Judge Buergenthal.

ICJ, LaGrand Case (*Germany v. United States of America*), Separate Opinion of Judge Koroma.

ICJ, LaGrand Case (*Germany v. United States of America*), Seperate Opinion of Vice President Shi.

ICJ, LaGrand Case (*Germany v. United States of America*), Seperate Opinion of Judge Parra-Anguren.

ICJ, Nottebohm Case (*Liechtenstein v. Guatemala*), I.C.J. Reports, 6 April 1955.

ICJ, Passage Through Great Belt (*Finland v. Denmark*), Order of 29 July 1991.

PCIJ, The Electricity Company of Sofia and Bulgaria (*Belgium v. Bulgaria*), P.C.I.J. Series A/B, No. 79/26, 26 January 1938.

PCIJ, The Mavrommatis Palestine Concessions (*Greece v. UK*), P.C.I.J. Report Series A No:2., 30 August 1924.

PCIJ, The Panevezys-Saldutiskis Railway Case (*Estonia v. Lithuania*), P.C.I.J. Reports Series A/B, No.76, 28 February 1939.

ULUSLARARASI ANDLAŞMALAR VE DİĞER BELGELER

28 U.S.C. § 2254. <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/2254> (E.T. 8.10.2022).

“AİHM Raporunda Türkiye”, (Türkiye Hukuk), <https://www.turkiyehukuk.org/aihm-2021-raporunda-turkiye/> Erişim Tarihi: 04.07.2022.

ILC, “Draft Articles on Diplomatic Protection” (United Nations, 2006),

https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_8_2006.pdf
Erişim Tarihi: 04.07.2022.

“Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi” (Resmi Gazete, No:15369, 27.09.1975) <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/15369.pdf>
Erişim Tarihi: 04.07.2022.

“Optional Protocol to the Vienna Convention on Consular Relations concerning the Compulsory Settlement of Disputes” (United Nations), https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-8&chapter=3
Erişim Tarihi: 04.07.2022.

“Rules of Court”, (International Court of Justice), <https://www.icj-cij.org/en/rules>
Erişim Tarihi: 17.10.2022.

“United Nations Treaty Collection”, (United Nations) https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=III-6&chapter=3
Erişim Tarihi: 04.07.2022.

“United Nations Conference on Consular Relations”, (United Nations, 1963), https://legal.un.org/diplomaticconferences/1963_cons_relations/docs/english/vol_1.pdf
Erişim Tarihi: 04.07.2022.

**İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİNİN VASIYETİN GERİ
ALINMASINA YÖNELİK VASIYETİN DE GERİ ALINMASINA
DAİR (BGE 144 III 81) SAYILI KARARI**

***Swiss Federal Court Decision (BGE 144 III 81) On The Revocation Of a
Will to Revoke The Will***

Mustafa Fadıl YILDIRIM*

Özet

Ölüme bağlı tasarruflardan vasiyetnameler, vasiyetçinin, ilke olarak ölümine kadar serbestçe irade açıklamasını geri alabileceği hukuki işlemlerdir. Geri alınan vasiyet de geri alınabilir. Geri alma işleminin de geri alınması halinde, geçmişte gerçekleşen ilk hukuki işlemin kendiliğinden sıhhat kazanıp kazanmayacağı Türk ve İsviçre hukukundaki önemli tartışmalardan birisidir. Bu çalışmada İsviçre Federal Mahkemesinin yeni tarihli bir kararı eşliğinde konu kapsamlı bir biçimde ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Ölüme Bağlı Tasarruf, Vasiyetname, Vasiyetin Geri Alınması

Abstract

Testamentums are legal proceedings in which the testator can, in principle, withdraw the declaration of will freely until his death. A will that has been revoked can also be revoked. It is one of the important debates in Turkish and Swiss law whether the first legal action that took place in the past will automatically gain validity if the withdrawal process is also withdrawn. In this study, the subject has been dealt with in a comprehensive manner, accompanied by a recent decision of the Swiss Federal Court.

Keywords: *Disposition Mortis Causa, Testamentum, Revocation of Will*

* Prof. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Ankara,
e-posta: mfadil.yildirim@hbv.edu.tr, ORCID: 0000-0003-1626-1523.

GİRİŞ

Ölüme bağlı hukuki işlemler, gerçek kişilerin ölüm ile sona erecek hayatlarından sonra intikale elverişli mal varlığı ve diğer özel hukuk ilişkilerinin akıbetini tayin etmek için ölümden sonra hüküm ifade etmek üzere hukuk âlemine çıkardığı işlemlerdir. Ölüm olayı ile hukuki işlem öylesine kaynaşmıştır ki, ölüm işlemin hüküm ve sonuç doğurmasının hem zorunlu bir şartı (conditio sine qua non) hem de sebebidir (causa).

Ölüme bağlı hukuki işlemler, çoğu kez kişinin serbestçe ölünceye kadar değiştirme ve geri alma imkânının bulunduğu vasiyetnameler şeklinde tecelli edebileceği gibi, değiştirme ve geri almanın nispeten zorlaştırıldığı miras sözleşmeleri şeklinde de tezahür edebilir. İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu olan olayda, vasiyetname şeklinde hukuk âlemine çıkan bir hukuki işlemin geri alınmasına dair bir diğer vasiyetin düzenlendiği ve fakat bunun imhası halinde ortaya çıkan durumun karara bağlandığı görülmektedir¹.

İsviçre Federal Mahkemesi kararları, Türk Medeni Kanunun kaynağı durumundaki İsviçre Medeni Kanununun uygulanmasını göstermesi bakımından 743 sayılı Kanun döneminde olduğu gibi en azından esaslı bir değişikliğe uğratılmayan 4721 sayılı Kanun hükümleri açısından hala önemli bir yardımcı hukuk kaynağı konumundadır (TMK. m. 1). Söz konusu kararın hukuk uygulayıcılarına tanıtılmasının, hukukun doğru bir biçimde uygulanmasına önemli katkılar sağlayacağı değerlendirilmiştir.

I. KARARA KONU OLAY

Karara konu olayda AA ve BA'nın 30 Temmuz 2010 tarihinde vefat eden DA'nın oğullarıdır. C ise daha önce DA'nın evlilik dışı yaşam birlikteliği yaptığı partneridir. C, DA'nın ölümünden sonra onun kanuni mirasçısı durumundaki AA ve BA'dan 10 milyon İsviçre Frangı tutarındaki vasiyetinin yerine getirilmesini, yani kendisine 10 milyon frank verilmesini talep etmiştir. C bu talebini, DA'nın 14 Ocak 2008 ile 27 Haziran 2010 tarihleri arasında kaleme alınan bir dizi vasiyetnameye dayandırmıştır.

Yargılama esnasında mahkemelerce şu tespitlerin de yapıldığı görülmektedir: 7 Kasım 2008 tarihli ilk vasiyetnamenin üç nolu bendinde

¹ Kararla ilgili bir başka değerlendirme için bkz., Wolf, S./Berger, C., Die Privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2018, ZBJV 155/2019, s. 270 vd.. Bir vasiyetnamede yer alan ifadelerden bazılarının üstünün çizilmesi, içeriğinin tespitinin imkansız hale getirilmesi de yok etme anlamındadır, Bkz., BGE 116 II 411 vd..

“önceki eşim E.A’ya 20.000.000 İsviçre Frangı ve hali hazırda yaşamımı paylaştığım (lebenspartner) C’ye ise 10.000.000 İsviçre frangı tutarında para verilmesini arzu ediyorum (ki bu iki meblağ, net malvarlığımın en fazla yüzde onuna kadar yerine getirilsin).

17 Mart 2010 tarihli ve yalnızca bir fotokopiden ibaret² diğer bir vasiyetnamesinin 3.2 bendinde de “Bayan C’ye, miras bırakanın ölümünden sonra beş yıl süre ile aylık 15.000 İsviçre Frangı verilsin. Bu süre içinde ayrıca onun kızı F’ye aylık 5.000 Frank (yatılı okul giderleri, eğitim ücretleri vs. için) verilsin. Bu ödemeler kızı F’ye düzenli olarak eğitim hayatını sürdürdüğü sürece yapılınsın ta ki 26. Yaş gününe kadar” denilmiştir.

17 Mart 2010 tarihli vasiyetnamenin “önceki tasarruflarla ilişki” başlığını taşıyan 7 no’lu bendinde ise “bu vasiyetname daha önce yapılmış olan tüm vasiyetnamelerin ve onlara yapılan eklerin yerine kaim olacaktır” ifadesi yer almaktadır.

17 Mart 2010 tarihli vasiyetnamenin düzenlenmesinden sonra yapılan bir vasiyetname ise 27 Haziran 2010 tarihini içermekte ve asıl nüshası olmaksızın yalnızca bir fotokopiden ibaret haldedir. Bu vasiyetnamede, 17 Mart 2010 tarihli vasiyetnamenin 3.2 ve 5. bentlerine ekler yapılmıştır. Eklemeler ile Bayan C’nin en geç 15 Nisan 2015 tarihine kadar aylık ödemeleri alabilmesi arzusuna yer verilmiştir.

6 Haziran 2011 tarihinde C, miras bırakanın iki oğlu davalı olarak göstererek 10 milyon franklık vasiyetin yerine getirilmesinden müteselsil olarak sorumlu oldukları iddiasıyla Meilen Yerel Mahkemesinde dava açmıştır. Temerrüt tarihinden itibaren faiz ödenmesi talebi de bu dava dilekçesinde yer almıştır. C’nin iddiasına göre, miras bırakan 17 Mart 2010

² Somut olaydaki gibi, bir orijinal vasiyetname bir de fotokopiden ibaret belge var ise, bunlar arasındaki ilişkide şüphe halinde hangisine öncelik tanınacağı konusunda yasal bir düzenleme olmadığı gibi Federal Mahkemece de daha önce böyle bir olay hakkında verilmiş karar da bulunmamaktadır. Bu sorun, fotokopi imkânlarının geliştiği ve sahte belge üretmenin oldukça kolaylaştığı günümüzde özel bir önem kazanmıştır. Burada ispat hukukunun kuralları devreye alınmalıdır. Vasiyetnameye özel bir ilgi gösterildiği, daha özenli muhafaza edildiği hayatın genel tecrübelerindedir. Bu sebeple, vasiyetnamenin geri dönme amacıyla yok edildiğini ispat külfeti, bunu iddia eden tarafta olmalıdır. Bir diğer husus, vasiyetin, kaza sonucu yok olduğu veya üçüncü bir kişi tarafından yok edildiği vakiasına nazaran, bizzat vasiyette bulunan tarafından yok edilmiş olduğu şeklindeki iddianın hayatın gerçeklerine daha uygun düşüğüdür. Ayrıca bkz., Eitel, P., Der letzte Wille des Erblassers – Notizen zu aktuellen Entwicklungen, in: Der Mensch Als Mass, Festschrift für Peter Breitschmid, Zürich, 2019, s. 271-288, 276.

tarihli vasiyetnamesini yırtmak ve yok etmek suretiyle söz konusu vasiyetini geri almış ve bu suretle önceki vasiyetname canlanmıştır. Bu düşünceye iştirak eden AA ve BA, yırtılan vasiyetname ile önceki vasiyetin canlanmadığını ileri sürerek söz konusu vasiyetin yerine getirilmesine imkân olmadığını ileri sürmüşlerdir.

II. İLK DERECE MAHKEMESİ İLE İSTİNAF MAHKEMESİNİN KARARLARI

Yerel Mahkeme, davayı 3 Kasım 2016 tarihli kararıyla reddetmiş; C, Zürih Kantonu İstinaf Mahkemesine başvurmuştur. İstinaf mahkemesi davayı faiz talebinin başlangıç tarihi dışında kabul etmiştir.

Bu karar üzerine AA ve BA davayı Federal Mahkeme nezdine taşımışlar, istinaf mahkemesince verilen kararın kaldırılması ve davanın ilk derece mahkemesine iadesini talep etmişlerdir. Bayan C ise, söz konusu temyiz başvurusunun reddi ile istinaf mahkemesince verilen kararın onanmasını talep etmiştir.

Yüksek mahkeme duruşmasız olarak davayı görmüş ve Bayan C'nin talebini reddetmiştir. Yüksek mahkemenin kararın gerekçesinde şu hukuki kanıtlara (Erwaegung) dayandığı görülmektedir³:

III. FEDERAL MAHKEMENİN KARARINI DAYANDIRDIĞI GEREKÇELER

Federal Mahkemenin öncelikle gerekçede, temyiz başvurusuna konu kararın Federal Mahkemenin doğru dairesine yapıldığını ve dava konusunun değerinin temyiz sınırları içerisinde kaldığı (Erw. 1) belirtilmekte, daha sonra İstinaf Mahkemesi (Zürich Kantonal Obergericht) kararında belirtilen gerekçelerielealmaktadır. Bukarardabazı olgularınaçıklığakavuşturulmaksızın eksik inceleme yapılarak karar verildiği değerlendirilmesinde bulunmaktadır. Özellikle 17 Mart 2010 (27 Haziran 2010'da yapılan eklemelerle) tarihli ve elde yalnızca fotokopisi bulunan belgenin vasiyetname yapma iradesini (Testierwille) içerip içermediğinin araştırılması gerektiğine vurgu yapılmıştır. Bu amaçla, söz konusu yönlerin incelenerek yeni bir karar verilmesi amacıyla

³ Resmi Külliyatta yayımlanan metinde, kararın ilk iki gerekçesine yer verilmemiştir. Bu gerekçelere, internet ortamında kararın künyesi olan "5A_412/2017 vom 8. Januar 2018" anahtar sözcükler yardımıyla erişilebilir. Ayrıca bkz., Dal Molin-Kränzlin, A., Wo (k)ein Wille ist, da ist (k)ein Widerruf, Urteilsbesprechung BGE 144 III 81, 5A_412/2017, successio 2019, s. 49-55.

İstinaf Mahkemesinin Kararı bozulmuş ve yerel mahkemeye gönderilmiştir.

Kararın gerekçeleri en genel hatlarıyla değerlendirildiğinde karşımıza, miras hukukunun irade açıklamalarının yorumun son derece büyük önem taşıdığı, sıkı şekil ve ispat kuralları ile örülmüş bir alan olduğu gerçeği çıkmaktadır. Gerçekten de miras hukuku alanı irade serbestisinin değil; kamusal yanların ağır bastığı sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkelerinin hâkim olduğu bir hukuk alanıdır. Ölümüne bağlı tasarruf özgürlüğünün aileyi ve kamu düzenini koruma amacıyla birçok bakımdan sınırlandırılmış olması da bu alanı özel hukuk-kamu hukuku karması, yani karma karakterli bir hukuk alanı getirmektedir.

Kararda göze çarpan bir diğer özellik, Federal Mahkemenin ilke defa ölümüne bağlı tasarrufun unsurlarına yer vermesidir⁴.

Karara konu olayın özü ise, kök vasiyetnameyi geri alan vasiyetin ortadan kaldırılması halinde (geri almanın da geri alınması) kök vasiyetin tekrar canlanıp canlanmayacağı, hüküm ifade edip etmeyeceği ile ilgilidir. Somut olayda gerek davacı C, gerek davalılar 7 Kasım 2008 tarihli kök vasiyetten, 17 Mart 2010 ve 27 Haziran 2010 tarihli vasiyetnamelerle dönüldüğü, söz konusu vasiyetin geri alındığında fikir birliği içindedirler. Ancak Bayan C, geri alma vasiyetinin yok edilmesi ile kök vasiyetin tekrar canlandırılması yönünde bir irade ortaya konulduğunu savunurken, davalılar böyle bir iradeden bahsedilemeyeceğini iddia etmişlerdir.

Kararda öncelikle ölümüne bağlı tasarrufun yapısına yer verilmiştir. Bu konuda hâkim fikirden hareketle, ölümüne bağlı tasarrufların diğer tüm hukuki işlemlerde olduğu gibi iki unsurdan oluştuğu; bunların hukuki işlemin unsurları ve bu unsurlara bağlanan hukuki sonuçlar olduğu belirtilmiştir. Ölümüne bağlı hukuki işlemlerde unsurun “irade açıklaması” olduğu ve söz konusu irade açıklamasının yöneltmesinin gerekli olmadığı belirtilmiştir. Ölümüne bağlı hukuki işlemde işlem iradesinin “vasiyet iradesi” olarak isimlendirildiği, bu iradenin kişinin iç dünyasında oluşumundan sonra iradenin beyan edildiği, dışa aksettirildiği; vasiyetnamelerde söz konusu dış dünyaya aksettirmenin şekil şartlarının olduğu hususları kararda yer verilen diğer hususlardır.

Hukuki sonuçlar ise, ölümüne bağlı hukuki işlemi gerçekleştiren kişinin ölümünden sonra doğmaktadır. Böyle bir hukuki işlem sebebiyle hukuki yükümlülükler de en erken, işlemi gerçekleştiren kişinin ölümü ile hukuk dünyasında belirlemektedir. Kişi ölümünden önce geri almaya ilişkin vasiyetini

⁴ Dal Molin-Kränzlin, successio 2019, 53.

yok ettiğinden, geri almaya yönelik vasiyetnamesinin hüküm ve sonuç doğurma kabiliyeti söz konusu değildir.

Geri alma geçersiz olduğunda önceki vasiyetnamenin tekrar canlanıp canlanmayacağı sorununa da kararda cevap aranmıştır.

Karardan yapılabilecek bir diğer tespit, Federal Mahkemenin buna benzer bir olay vesilesi ile daha önceki yıllarda vermiş olduğu içtihadını (BGE 108 II 405) yenilemesidir. Bu içtihadında da Mahkeme, miras bırakanın vasiyetnamesinden, ölümüne kadar her hangi bir gerekçe göstermeksizin serbestçe dönebileceği vurgulamakta idi. Bu hakkın gerekçesi olarak vasiyetnamede beliren irade açıklamasının tek taraflı olduğu ve yöneltmesinin gerekli olmadığı gösterilmiştir. İşte bu özelliği, yani bu işlemde korunmaya değer bir üçüncü kişi onun ölüme bağlı tasarrufta bulunan tarafa duyduğu bir güven bulunmaması sebebiyledir ki, hukuki işlemi miras bırakan ölümüne kadar serbestçe geri alabilmek imkânına sahiptir.

Bu ilkelere temas eden Federal Mahkeme ölüme bağlı hukuki işlemin geri alınmasına dair ilkeleri ise şu şekilde belirlemektedir:

Öncelikle ölüme bağlı kök tasarrufu gerçekleştiren kişide “geri alma” iradesinin (animus revocandi) bulunmasına vurgu yapılmıştır. Zira bir hukuki işlemin geri alınabilmesi için öncelikle kişinin iç dünyasında bir işlem iradesinin belirlenmesi ve bu iradenin daha sonra dış dünyaya tezahürü aranmıştır. İradenin dış dünyaya tezahürü ise hukuki işlem şekil şartına bağlanmış ise bu şekle uygun olarak yapılması ile vuku bulur. Ölüme bağlı tasarruflarda aranan şekil, ispat şartı olmayıp; geçerlik şartıdır. Dolayısıyla kanunda belirlenen şekil şartına uygun olmayan bir hukuki işlemin geçerliliğinden bahsedilemez. Somut uyuşmazlıkta da nasıl ki vasiyetnamenin meydana gelebilmesi için sıkı şekil şartlarına uyulması gerekiyorsa, vasiyeti geri alan hukuki işlemin de yine ölüme bağlı hukuki işlemlerin geçerliliği için gerekli olan şartlara uygun olarak ortaya konulması gereklidir. Yasa koyucu bununla birlikte önceki ölüme bağlı tasarrufun ortadan kaldırılabilmesine yönelik iki istisnai imkâna yer vermiştir: Bunlar, önceki vasiyetnamenin geri dönme amacıyla yırtılması ve yok edilmesi (ZGB Art. 510) ve sonraki tarihli bir sağlar arası işlemle vasiyetname içeriği ile bağdaşmayan bir hukuki işlemin yapılmasıdır (ZGB Art. 511/II). Örneğin, vasiyetname ile komşusuna bıraktığı bisikletini, miras bırakanın sağlığında iken yeğenine bağışladığı bir durumda vasiyetnamesini şekil şartına uymaksızın geri aldığı kabul edilmektedir. Bunların dışında dñnñlmñř bir vasiyet tekrar canlandırılmak isteniyorsa bu hukuki işlemin

ölüme bağlı tasarruflar için öngörülen şekil şartına uygun olarak yapılması gerekmektedir.

Yukarıda da kısaca ifade edildiği gibi, Federal Mahkeme yeni bir karar verilmesi amacıyla daha önce istinaf mahkemesinin vermiş olduğu kararı bozmuş ve yerel mahkemeye dosyayı göndermiştir.

IV. KARARIN HUKUKUMUZ AÇISINDAN İRDELENMESİ

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Türk-İsviçre hukukunda kök vasiyetnamenin geri alınmasını öngören vasiyetin de geri alınması halinde kök vasiyetin hukuki durumunu düzenleyen açık bir hüküm bulunmamaktadır⁵. Hâlbuki Alman (BGB § 2257⁶) ve İtalyan hukuk düzeninde (Art. 681 CCit⁷) konu açıkça düzenlenmiştir. Türk-İsviçre kanun koyucusu bu halde kök vasiyetnamenin hüküm ifade edip etmeyeceği yolundaki yorumu ve kararı hâkime bırakmıştır⁸. Hâkim önüne gelen her bir olayda, somut olayın hal ve şartlarına bakarak bir karar vermek durumundadır. Tabiidir ki geri almayı da geri alan irade açıklamasının ölüme bağlı tasarruflar için öngörülen şekle uygun olarak yapılması zorunluluğu bulunmaktadır. Geri almayı da geri alan bir tasarruf yapılmakla birlikte kök vasiyetin durumu hakkında herhangi bir açıklamaya yer verilmemiş ise bu durum vasiyetnamelerin yorumlanmasına dair ilke ve esaslar çerçevesinde çözüme kavuşturulur. Bununla birlikte geri almanın da geri alınmasına dair irade geçerli bir biçimde ortaya konulmamış

⁵ Hrubesch-Millaue, S./Bosshardt, M., Widerruf des Widerrufs einer letztwilligen Verfügung, in: Der Mensch als Mass, Festschrift für Peter Breitschid, Zürich 2019, s. 359 vd., 361.

⁶ “Wird der durch Testament erfolgte Widerruf einer letztwilligen Verfügung widerrufen, so ist im Zweifel die Verfügung wirksam, wie wenn sie nicht widerrufen worden wäre”, Ölüme bağlı tasarrufun geri alınması da vasiyetname ile geri alınıyorsa, şüphe halinde söz konusu (kök) ölüme bağlı tasarruf hiç geri alınmamış gibi geçerli hale gelir”.

⁷ “(1)La revocazione totale o parziale di un testamento [680 c.c.] può essere a sua volta revocata sempre con le forme stabilite dall’articolo precedente. (2) In tal caso rivivono le disposizioni revocate, Bir vasiyetnamenin Art. 680 hükmünde öngörülen şekle uygun olarak tamamen ya da kısmen geri alınması mümkündür. Böyle bir durumda geri alınan vasiyetname yeniden hüküm ifade eder”.

⁸ Konu ile ilgili Türk hukuku bakımından yeni bir çalışma için bkz., Kartal, D. B., Vasiyetnamenin Geri Alınması, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD) 2018, Y. 9, S. 34, s. 317 vd.. Yazara göre vasiyetnamenin geri alınması “kanunun öngördüğü biçimde gerçekleştirilecek gerek tek taraflı gerekse iki taraflı ölüme bağlı veya sağlar arası tasarruflar ile mevcut bir vasiyetnamenin hüküm doğurmasının engellenmesini ifade” etmektedir. Vasiyetnamenin geri alınmasına yönelik vasiyetnamenin de geri alınmasına yönelik bir başka çalışma için bkz., Kahraman, Z., Önceki Vasiyetnamenin Geri Alınması Beyanı İçeren İkinci Vasiyetnamenin Sonradan Üçüncü Bir Vasiyetname İle Geri Alınması, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, C. II, Y. 2015, s. 945 vd..

ise geri alma da yoktur⁹.

Somut olayda kök vasiyetin geri alınmasına dair orijinal vasiyetname bulunmamakta bunun yerine yalnızca bunların fotokopisi kök vasiyetin yanında yer almaktadır. Kök vasiyette değişiklik öngören ve dolayısıyla kök vasiyeti geri almaya yönelik sonraki tarihli (17 Mart 2010 ve 27 Haziran 2010) orijinal vasiyetnameler imha edilmiştir. Hem davalılar hem de davacı yok edilen bu dönme vasiyetnamelerinin, vasiyetten dönmeden dönülmesi olduğunda hem fikirdirler. Ancak bunun 7 Kasım 2008 tarihli kök vasiyet bakımından ne anlam ifade ettiğinde karşı karşıya gelmektedirler. Zira vasiyetnameler en erken miras bırakanın ölüm anında hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadırlar. Miras bırakan dönmeye ilişkin beyanını sağlığında iken, yani vasiyetname hüküm ve sonuç doğurmadan evvel, vasiyetnameyi yırtmak suretiyle geri almıştır. Dolayısıyla ölüm anında bir geri almaya yönelik bir beyan bulunmamakta; yalnızca kök vasiyetname bulunmaktadır.

Konu Federal Mahkemenin önüne iki kez getirilmiştir. İlk kez konu geldiğinde, 17 Mart 2010 tarihli vasiyetnamenin 7. Bendinde, bu tasarruf daha önce yapılmış bulunan tüm vasiyetnamelerin yerine geçecektir ifadesinin ne anlama geldiği sorusunun cevabı aranmıştır. Bu sorunun cevabı olarak, yeni tarihli vasiyetnamenin daha önceki tüm ölüme bağlı tasarrufları kaldırdığı, onları geri aldığı sonucuna varılmıştır. Dosya ikinci kez Federal Mahkemenin önüne geldiğinde ise, tüm ölüme bağlı tasarruflarını geri alan vasiyetnamenin yok edilmesinin anlamı üzerinde durulmuştur. İlk derece mahkemesi sırf bu yok etme fiili ile önceki ölüme bağlı tasarrufun canlanmayacağına hükmetmiştir¹⁰. Türk hukukunda da hâkim görüş bu yöndedir¹¹. Böyle bir durumda son

⁹ Geri almanın geri alınmasının şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Hrubesch-Millauer/Bosshardt, 362. Yazarlar bu konuda özellikle ölüme bağlı tasarruflar için öngörülen şekil şartına uygunluğa ve ehliyete dikkat çekmektedir.

¹⁰ Benzer yönde bir başka kararı için bkz., BGE 91 II 264 vd., 273.

¹¹ Kahraman, 951, Böyle bir durumda “ilk vasiyetnamenin kendiliğinden yürürlüğe girdiği kabul edilemez; öncelikle, miras bırakanın son arzularının yani son vasiyetnamenin yorumlanarak bu sonuca varılıp varılmayacağına araştırılması gerekir”. Konuya dair Yargıtay’ın vermiş olduğu iki karar dikkat çekicidir: Kararlardan ilkinde (Yarg. 2.HD. T. 18.3.2003, E. 2003/601, K. 2003/3742; Yarg. 2.HD. T.12.7.1999, E. 1999/6001, K. 1999/8246) miras bırakanın ikinci bir vasiyetname ile ilk vasiyetini geri almasından sonra, üçüncü bir vasiyetname ile ikinci vasiyetini de geri alması durumunda, ilk vasiyetnamenin yürürlüğe girmeyeceğini, miras bırakanın “mirasının tamamen yasal mirasçılık ile ilgili kurallara tâbi olması iradesine dönmüş” olduğunu kabul etmiştir. Diğer kararda ise (Yarg. 2.HD T.12.07.1999, E.1999/6001, K. 1999/8246), “Daha önce yapılan vasiyet tasarrufuyla bağdaşmayan ikinci vasiyet tasarrufunun birincisini hükümsüz kılacağı; ikinci vasiyetten yararlanan eşin boşanma sebebiyle bu vasiyetten elde ettiği hakları yitirmesi, aksî miras bırakanın açık iradesinden anlaşılmadıkça, birinci vasiyetin geri alınmış olduğu gerçeğini

vasiyetnamenin incelenerek bir sonuca ulaşılması gerekmektedir. Buradan da sağlıklı bir sonuç elde edilemez ise, son çare olarak miras bırakanın kanuni intikal kurallarına bağlı kalmak istediği kabul edilmelidir¹².

V. KARARIN ELEŞTİRİSİ

Kararda anlaşılması zor bazı yönlerin bulunduğu açıktır. Öncelikle geri almaya yönelik beyanları içeren belgenin bir fotokopiden ibaret olduğu dikkate alındığında bunun hukuk âleminde ifade ettiği anlamın tartışılması gerekmektedir. Fotokopinin bulunması, bir de bu belgenin aslının olmasını zorunlu olarak gerektirmektedir. Kök vasiyetten dönmeyi öngören ikinci vasiyetnamenin aslı ya bizzat vasiyeti düzenleyen tarafından ya da üçüncü kişiler tarafından yok edilmiş; ya da kaza sonucu yok olmuştur. Bu durumda fotokopiler ancak vasiyeti düzenleyen son arzularının içeriğinin aynen ve tamamen tespitine imkân veren belge mahiyetinde görülmek gerekir. Federal Mahkeme, dönmeye ilişkin vasiyetnamenin, bizzat vasiyeti düzenleyen tarafından yok edildiği yönündeki yoruma katılmıştır. Nitekim hem davacı, hem de davalılar bu konuda aynı görüştedirler. Dönmeye ilişkin vasiyetnamenin yaşam birlikteliği yaptığı C tarafından yok edildiği ispatlansa idi, bu durum C için bir mirastan yoksunluk sebebi oluşturacak; C hiçbir şekilde terekeden bir şey alamayacaktı. Davalıların dönmeye ilişkin vasiyeti yok etmeleri için makul bir gerekçe bulunmamaktadır. Verilen karar ile bir yandan C'nin mirastan yoksunluğu sonucuna gidilmemiş; diğer yandan kök vasiyetteki 10 milyon İsviçre Frangı tutarındaki vasiyeti yerine getirmekten, davalılar kurtulmuşlardır. Karar ile bir bakıma miras bırakanın yok ettiği ileri sürülen ve kök vasiyetten dönmeyi içeren ikinci vasiyetname içeriğinin de yerine getirilmesine imkân yoktur. Zira miras bırakan bu arzusundan da vasiyetnameyi yırtmak suretiyle dönmüştür. Sonuçta C ne kök vasiyetnamede öngörülen meblağa ne de kök vasiyetten dönüp beş yıllık süre ile kendisine 15.000 Frank verilmesini öngören vasiyetteki meblağa kavuşmamış; elleri boş dönmüştür¹³.

değiştirmeyeceği ve ilk vasiyetnameyi geçerli hale getirmeyeceği sonucuna varmıştır (Kahraman, 959'dan naklen).

¹² Görüş ve değerlendirmeler için bkz., Kahraman, 955 vd..

¹³ Belki de mahkeme, yoksunluğun ispatının güçlüğü karşısında böyle bir formül ile dönmeye ilişkin vasiyetnameyi yok ettiğine inandığı C'nin, davalıların bunu ispatlayamaması karşısında, adaleti bu şekilde gerçekleştirmiştir. Gerçekten de hayatta öyle bazı olaylarla karşılaşılır ki, olaydan gelen kötü kokular, ispat zorlukları sebebiyle mahkeme kararlarında başkaca hukuki kılıflar altında gizlenebilmektedir. Yine hukuk kuralları adaleti gerçekleştirmek içindir; yoksa sırf uygulanmış olmak için uygulanmazlar.

SONUÇ

Bu karar bize, ölüme bağlı tasarrufların geri alınmasına yönelik irade açıklamalarının herhangi bir yoruma ve dolayısıyla karışıklığa meydan verilmeksizin yapılması gerekliliğini ortaya koymaktadır. Geri almayı öngören vasiyet geri alınıyor ise bu durumda kök vasiyetnamenin geçerli olarak kalması isteniyorsa bunun açıkça belirtilmesi gereklidir. Zira sahte vasiyetnamelerin üretilmesinin son derece kolaylaştığı günümüzde, en ufak bir şüphe halinde dahi vasiyetnamenin iptaline karar verilebildiği görülmektedir. İncelenen karara konu olan olayda da miras bırakanın son günlerini birlikte geçirdiği yaşam arkadaşı (Lebenspartner) açmış olduğu davadan eline bir şey geçmemiştir. Ölüm anına kadar miras bırakanın yaşadığı ikircikli halleri ve bunun ölüme bağlı tasarruflarına yansımalarının tipik örneğinde karar, Federal Mahkemenin adaleti gerçekleştirme çabası bakımından oldukça önemlidir.

KAMU HİZMETİ VE LÂİKLİK: FRANSIZ DANIŞTAYININ BİR KARARI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Public Service And Secularism: Reflections On A Decision Of The French Council Of State

Halim Alperen ÇITAK*

Özet

Fransız tipi lâiklik, gittikçe artan ve sosyal hayata dâhil olan Müslüman nüfus sebebiyle, sık sık hukukî sorunlara yol açmaktadır. Kamuoyu tepkilerine karşı daha hassas olan yasama organı ve onu takip eden Anayasa Konseyi, zaman içerisinde daha katı bir lâiklik anlayışına meyletmektedir. Dinî inançların ifade edilmesi ve kamu hizmetlerinin sunumunda dikkate alınması hususunda nispeten hürriyetçi bir yaklaşım sergileyen Fransız Danıştay (Conseil d'État) ise, içtihadını Anayasa Konseyi'nin yeni yorumuyla telif etmeye çalışmaktadır. Bu makalede; kamuya ait okullarda domuz içerikli yemeklere alternatif sunulmasından ibaret bulunan ikame menü uygulamasının lâiklik ve kamu hizmetlerinde tarafsızlık ilkeleri bağlamında değerlendirildiği yakın tarihli bir karar, söz konusu bağdaştırma çabası açısından incelenmektedir.

Anahtar Kavramlar: Lâiklik, Kamu Hizmeti, Eşitlik, Tarafsızlık

Abstract

The principle of laïcité (secularism à la française) frequently causes legal problems due to the increasing Muslim population that is getting involved in social life. The legislature, which is more sensitive to public reactions, and the Constitutional Council following it, tend to a more rigid understanding of laïcité over time. The French Council of State (Conseil d'État), which has been showing a relatively liberal approach towards the expression of religious beliefs and consideration of them in the provision of public services, is trying to reconcile its case-law with the new interpretation of the Constitutional Council. In this article; a recent decision in which the substitute menu practice that consists of offering an alternative to pork-containing meals in public schools is evaluated in the context of the principles of laïcité and neutrality (impartiality) in public services, is examined in terms of the said reconciliation effort.

Keywords: Secularism, Public Service, Equality, Neutrality

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı, Ankara, Türkiye, e-posta: halim.citak@hvbv.edu.tr. ORCID: 0000-0001-8355-4815

GİRİŞ

Hıristiyanlık-içi mezhep çatışmalarına ve Katolik Kilisesi'nin baskısına bir tepki olarak doğan Fransız tipi lâiklik anlayışı, özellikle son birkaç on yıldır, İslâmî pratikler karşısında zorlu bir sınavdan geçmektedir. Başlangıçta daha çok kadınların giyim-kuşamı (başörtüsü, burka ve tesettür mayo - *burkini*) etrafında kendini gösteren ve muhtelif hukukî uyuşmazlıklara vücut veren bu durum, yakın zamanda başka bir alana sirayet ederek, Müslümanların beslenme tercihlerini de tartışma konusu hâline getirmiştir. Conseil d'État'nın 11.12.2020 tarihli *Commune de Chalon-sur-Saône* kararı, Fransa'da lâiklik tartışmalarına dâhil olan bu yeni meselenin idare hukuku açısından ilk örneğini oluşturmaktadır. Okuyacağınız çalışmada öncelikle ihtilaf konusu olay özetlenecek ve olayın yol açtığı hukukî sorunlar tespit edilecektir. Akabinde ilgili yargı mercilerinin (ilk derece mahkemesi, istinaf mercii ve temyiz mercii) bu sorunları nasıl çözdüğü ortaya konacak ve getirilen çözümlerin Fransız idare hukukunda ifade ettiği anlama ilişkin değerlendirmeler yapılacaktır.

I. KARARA KONU OLAY

Fransa'nın Bourgogne-Franche-Comté bölgesindeki Saône-et-Loire ili sınırları içinde yer alan Chalon-sur-Saône Belediyesi¹ Başkanı, 16.03.2015 tarihli basın açıklamasında, 1984'ten beri devam eden ve okul kantinlerinde domuz içerikli yemeklere alternatif sunulmasından ibaret bulunan ikame menü² uygulamasına son verileceğini duyurmuştur³. Halk Hareketi İçin Birlik (yeni adıyla Cumhuriyetçiler)⁴ mensubu olan Başkan, "Chalon'da Lâiklik İlkesine Dönüş" başlıklı açıklamada, yemek servisi konusunda dinî kaygıların

¹ Çalışmada *bölge, il ve belediye* terimleri, sırasıyla, Fransız idarî teşkilatındaki *région, département ve commune* karşılığı olarak kullanılmıştır.

² Uygulamanın orijinal ismi şöyledir: *menu de substitution*.

³ "Fini les menus de substitution à la cantine de Châlon-sur-Saône" (*Ouest France*, 17.03.2015), <<https://www.ouest-france.fr/societe/laicite-fini-les-menus-de-substitution-la-cantine-de-chalon-sur-saone-3260112>>, Erişim Tarihi: 18.02.2022. Çalışmaya konu edilen olayın öncesinde, görece daha az nüfuslu Arveyres ve Sargê-lès-Le Mans Belediyelerinde de benzer kararlar alınmıştır. İlgili haberler için bkz. "Gironde : les plats de substitution au porc supprimés à la cantine d'Arveyres" (*Sud Ouest*, 05.03.2013), <<https://www.sudo-ouest.fr/gironde/arveyres/gironde-les-plats-de-substitution-au-porc-supprime-a-la-cantine-d-arveyres-8690826.php>>, Erişim Tarihi: 18.02.2022; "Le porc ne sera plus remplacé par un plat de substitution dans une cantine de la Sarthe" (*franceinfo*, 09.12.2014), <https://www.francetvinfo.fr/societe/education/les-enfants-qui-ne-mangent-pas-de-porc-n-aurent-plus-de-plat-de-substitution-dans-une-ecole-de-la-sarthe_768545.html>, Erişim Tarihi: 18.02.2022.

⁴ *Union pour un mouvement populaire*, yeni adıyla *Les Républicains*, Jacques Chirac tarafından kurulan ve eski cumhurbaşkanı Nicolas Sarkozy'nin de üyesi olduğu sağ partidir.

dikkate alınamayacağını, ikame menü uygulamasının lâik bir cumhuriyette kabul edilmesi imkânsız bir ayrımcılık anlamına geldiğini ve okul kantinlerini yeniden bir tarafsızlık alanına dönüştüreceklerini belirtmiştir⁵.

Özellikle beldenin Müslüman sakinlerinde infial yaratan basın açıklaması sonrasında Müslüman Haklarını Savunma Birliği⁶ isimli dernek, 15.05.2015 tarihinde, böyle bir karar alınmaması talebiyle Belediyeye başvuruda bulunmuştur. Başvuru cevap verilmemek suretiyle zımnem reddedilmiş, ardından 29.09.2015 tarihli Belediye Meclisi⁷ kararıyla ilgili düzenleyici işlemden⁸ değişiklik yapılarak, ikame menü uygulamasına son verilmiştir. Kararın gerekçesinde, kamu hizmetlerinin işleyişinde dinî kuralların göz önüne alınmasının lâiklik ilkesine aykırı olduğu vurgulanmıştır. Bunun üzerine Müslüman Haklarını Savunma Birliği ve belde sakini üç gerçek kişi, söz konusu Belediye işlemi aleyhine, Dijon İdare Mahkemesinde iptal davası⁹ açmıştır¹⁰ (temyiz aşamasında davaya Uluslararası Irkçılık ve Antisemitizmle Mücadele Derneği¹¹ de müdahil olmuştur).

II. HUKUKİ SORUNLAR

Davacılar, uyuşmazlık konusu idarî işlemin; Fransız İnsan ve Yurtaş Hakları Beyanname'si'nin 9. maddesi, 09.12.1905 tarihli Kiliseler ile Devletin Ayrılmasına Dair Kanun'un 1. maddesi, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 18. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesi ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 10. maddesi tarafından teminat altına alınan din ve vicdan hürriyetini ihlal ettiği kanaatindedir. Davalı idareye

⁵ “Le maire de Chalon-sur-Saône supprime le menu de substitution au porc, la polémique enfle” (*L'Express*, 17.03.2015), <https://www.lexpress.fr/actualite/societe/le-maire-de-chalon-sur-saone-supprime-le-menu-de-substitution-au-porc-la-polemique-enfle_1662105.html>, Erişim Tarihi: 18.02.2022.

⁶ Derneğin orijinal ismi şöyledir: *Ligue de défense judiciaire des musulmans*.

⁷ Çalışmada *belediye meclisi* terimi, Fransız idarî teşkilatındaki *conseil municipal* karşılığı olarak kullanılmıştır.

⁸ Bahsi geçen düzenleyici işlemin orijinal ismi şöyledir: *Règlement intérieur des restaurants scolaires*.

⁹ Fransız idare hukukunda *recours pour excès de pouvoir* terimi, iptal davası anlamında kullanılmaktadır.

¹⁰ Müslüman Haklarını Savunma Birliği, belediye meclisi kararından önce, yukarıda sözü edilen zımnem kararına karşı aynı mahkemede bir iptal davası daha açmıştır. Bu dava, sonradan açılan yeni dava ile birleştirildiği ve Conseil d'Etat'nın önüne tek dosya olarak geldiği için ayrıca değerlendirilmemiştir.

¹¹ Derneğin orijinal ismi şöyledir: *Ligue internationale contre le racisme et l'antisémitisme*.

göre ise işlem; lâiklik, kamu hizmetlerinde tarafsızlık ve kamu hizmetinden yararlananlar arasında eşitlik ilkelerinin bir gereği olarak tesis edilmiştir. Tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde maddî hukuka ilişkin temel sorun şöyle özetlenebilir: lâiklik, kamu hizmetlerinde tarafsızlık ve kamu hizmetinden yararlananlar arasında eşitlik ilkeleri karşısında din ve vicdan hürriyeti ne ölçüde korunabilir?

Dava ve savunma dilekçelerinde yer almamış olmakla birlikte, gerek ilk derece mahkemesinin gerekse istinaf ve temyiz mercilerinin maddî hukuk açısından tartıştığı iki sorun daha mevcuttur. Bunlardan ilki, okul kantinlerine yönelik dava konusu işlemin, Çocuk Hakları Sözleşmesi tarafından güvence altına alınan çocuğun yüksek yararına (*l'intérêt supérieur de l'enfant*) halel getirip getirmediğidir. Diğer ise, okullarda yemek servisinin ihtiyarî kamu hizmeti (*service public facultatif*) niteliği taşımasından hareketle, belediye idaresinin bu hizmetin organizasyonu ve sunulma biçiminde hangi sebeplerle değişiklik yapabileceği sorunudur.

İncelenen olayda şekli hukuka ilişkin bir sorun daha bulunmaktadır. Davalı idare, Müslüman Haklarını Savunma Birliği adlı derneğin, iptal davası açmak için gerekli olan menfaat ihlali (*intérêt à agir*) koşulunu sağlamadığı kanaatindedir. Görevli yargı mercileri, aşağıda özetlenen kararlarında, idarî yargılama hukukunu ilgilendiren bu sorunu da ele almıştır.

III. YARGI MERCİLERİNİN ÇÖZÜMÜ

Çalışmanın bu kısmında; ilk derece mahkemesinin (*Tribunal administratif de Dijon - Dijon İdare Mahkemesi*), istinaf merciinin (*Cour administrative d'appel de Lyon - Lyon İdarî İstinaf Mahkemesi*) ve temyiz merciinin (*Conseil d'État - Danıştay*) somut uyuşmazlık hakkında verdiği kararlar açıklanacaktır.

A. İLK DERECE MAHKEMESİNİN KARARI¹²

Dijon İdare Mahkemesi, öncelikle davalı idarenin şekli hukuka ilişkin savunmasını ele alarak, Müslüman Haklarını Savunma Birliği adlı derneğin sübjektif dava açma ehliyetine sahip olup olmadığı konusunda bir karar vermiştir. Ülke çapında (à ressort national) faaliyet gösteren davacı dernek, “dinî ayrımcılığın bütün biçimlerine ve bir kişi yahut grubun İslam dinine ve/

¹² Tribunal administratif de Dijon, 28 août 2017, *Ligue de défense judiciaire des musulmans*, n° 1502100 et 1502726, (*Dalloz*, 04.09.2017), <https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/resources/2017/09/ta_dijon_28_aout_2017_1502100.pdf>, Erişim Tarihi: 03.03.2022.

veya Müslüman cemaatine mensubiyeti sebebiyle gerçekleştirilen davranışlara karşı mücadele etmeyi” amaçlamaktadır. Mahkeme kararında, kural olarak ülke çapında faaliyet göstermek üzere kurulmuş derneklerin, yalnızca belli bir yörede (mahallî düzeyde) uygulanacak bir idarî işleme karşı dava açma ehliyetinin olmadığını belirtmiştir. Bununla birlikte; somut olaydaki derneğin amacını, uyuşmazlık konusu işlemin Müslüman çocukları özellikle etkileme potansiyelini ve benzer kararların Fransa’daki diğer belediyelerce de alınma ihtimalini göz önüne alarak, davacı derneğin menfaat ihlali koşulunu sağladığına hükmetmiştir.

İlk derece mahkemesi, esasa ilişkin kararını vermeden önce, Fransız İdarî Yargı Kodu’nun¹³ R. 625-3 numaralı maddesini¹⁴ uygulayarak, İnsan Hakları Ulusal Danışma Komisyonu’nun¹⁵ görüşüne müracaat etmiştir. İnsan Hakları Ulusal Danışma Komisyonu, mahkemeye sunduğu yazılı görüşünde, dava konusu belediye meclisi kararının lâiklik ve eşitlik ilkelerinin hatalı bir yorumuna dayandığını, ayrıca çocuğun yüksek yararını göz ardı ettiğini belirtmiştir. Mahkeme daha sonra, 29.03.2011 tarih ve 2011-333 sayılı Kanun’un 33. maddesine¹⁶ istinaden, Ombudsman’ın¹⁷ görüşünü de almıştır. Yazılı görüşünde; Belediye Meclisi kararının ortaya çıktığı bağlama ve ikame menü uygulamasından vazgeçilmesini gerektiren herhangi bir teknik imkânsızlıktan söz edilemeyeceğine dikkat çeken Ombudsman, dava konusu işlemin özünde ayrımcılık barındırma ihtimali bulunduğunu ifade etmiştir.

Dijon İdare Mahkemesi, esas incelemesi neticesinde, dava konusu idarî

¹³ Orijinal ismi *Code de justice administrative* olan bu düzenlemeler bütünü, Türk hukukundaki 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu’nun muadili sayılabilir. Fransız hukukunda *Code*, belli bir alanda hem yasama hem de yürütme organı tarafından konulan normları bünyesinde barındıran özgün bir form olduğu için *Kod* şeklinde Türkçeleştirilmiştir.

¹⁴ Bu hüküm mahkemeye, bilgisi ve yetkinliği sayesinde uyuşmazlık konusunu aydınlatacağına kanaat getirdiği üçüncü kişilerden yazılı veya sözlü görüş alabilme imkânı tanımaktadır.

¹⁵ Orijinal ismi *Commission nationale consultative des droits de l’homme* olan bu kuruluş, Fransız idarî teşkilatında bağımsız idarî otorite benzeri bir statüye sahip olup, insan haklarına ilişkin konularda kamusal karar alıcılara danışmanlık sunmakla görevlendirilmiştir. “L’institution” (*Commission nationale consultative des droits de l’homme*), <<https://www.cncdh.fr/fr/linstitution>>, Erişim Tarihi: 01.03.2022.

¹⁶ Bu hüküm, idarî yargı yerleri de dâhil olmak üzere, bütün mahkemelere Ombudsmanlık Kurumu’ndan yazılı veya sözlü görüş alabilme imkânı tanımaktadır.

¹⁷ Orijinal ismi *Défenseur des droits* olan bu kurum, İskandinav ülkelerinde ortaya çıkan ve günümüzde Avrupa ülkelerinin büyük çoğunluğunda benimsenen ombudsmanlık müessesesinin Fransız hukukundaki görünümüdür. Anais Lagelle, “Le défenseur des droits : un ombudsman à la française”, *Revue juridique de l’Ouest*, 2009 (4), 443-457, 445.

işlemin iptali yönünde karar vermiştir. Davacıların din ve vicdan hürriyetini; davalı idarenin ise lâiklik, kamu hizmetlerinde tarafsızlık ve kamu hizmetinden yararlananlar arasında eşitlik ilkelerini öne çıkaran iddia ve savunmalarının aksine, ilk derece mahkemesi, iptal kararını büyük ölçüde Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesinin 1. fıkrası tarafından korunan çocuğun yüksek yararına (*l'intérêt supérieur de l'enfant*) dayandırmıştır.

Sözleşme'nin mahkemece istinat edilen ilgili hükmü şu şekildedir: “Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yüksek yararı temel düşüncedir”. Mahkeme ayrıca, Sözleşme'nin yukarıda nakledilen hükmüne ilişkin 29.05.2013 tarihli ve 14 numaralı Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi Genel Yorumu'nun A/6 bölümündeki şu ifadelerle de atıfta bulunmuştur¹⁸:

“Komite çocuğun yüksek yararının üç yönlü bir kavram olduğunun altını çizer:

a. Temel bir hak: Gündemdeki herhangi bir konu hakkında karara varmak üzere farklı yararlar göz önünde bulunduruluyorsa, çocuğun yüksek yararı neyse onun birinci planda dikkate alınması ve ne zaman belirli bir çocuğa, belirlenmiş ya da belirlenmemiş bir grup çocuğa veya genel olarak çocuklara ilişkin bir karar alınacaksa bu hakkın mutlaka gözetileceğinin güvence altına alınması (...)

b. Temel, yorumlara ışık tutacak bir hukuk ilkesi: Yasal bir hükmün birden çok yoruma açık olması durumunda, çocuğun yüksek yararı açısından en uygun olan yorum seçilmelidir (...)

c. Bir usul kuralı: Ne zaman belirli bir çocuğu, bir grup çocuğu ya da genel olarak çocukları etkileyecek bir karar alınacaksa, karar alma sürecinde bu kararın ilgili çocuk ya da çocuklar üzerindeki olası etkisi (olumlu ya da olumsuz) de değerlendirilmelidir. Çocuğun yüksek yararının değerlendirilmesi ve belirlenmesi usule ilişkin güvenceler gerektirir. Ayrıca, alınan herhangi bir kararın gerekçesinde bu hakkın açık ve doğrudan gözetildiği de belirtilmelidir. Bu bağlamda taraf Devletler alınan kararda bu hakkın nasıl dikkate alındığını

¹⁸ UNICEF, “Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ve İhtiyari Protokoller, Usul Kuralları ile Çocuk Hakları Komitesi Genel Yorumları” (*UNICEF Türkiye*, 20.06.2019), <<https://www.unicef.org/turkey/raporlar/%C3%A7hds-ve-ihtiyari-protokoller-usul-kurallar%C4%B1-ile-%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1-komitesi-genel-yorumlar%C4%B1>>, Erişim Tarihi: 29.03.2022.

açıklayacaklardır”.

Mahkeme kararında; okullarda yemek servisinin ihtiyarî kamu hizmeti (*service public facultatif*) niteliği arz ettiğini ve ikame menü uygulamasını zorunlu tutan hiçbir pozitif hukuk kuralı bulunmadığını kabul etmiştir. Bununla birlikte, okul kantinlerine devam eden çocukların durumunu doğrudan etkileyeceği açık olan böyle bir kararı alırken, idarenin çocuğun yüksek yararını öncelikle göz önünde tutması gerektiğini belirtmiştir. Başka bir deyişle mahkeme dava konusu işlemi yapmak bakımından idarenin takdir yetkisi bulunduğu, ancak söz konusu takdir yetkisinin hukuka (Çocuk Hakları Sözleşmesi’ne) uygun kullanılmadığına hükmetmiştir.

Mahkeme, uzun yıllardır kesintisiz sürdürülen ikame menü uygulamasının, kamu hizmetinden yararlananlara (ebeveynlere ve çocuklara) din ve vicdan hürriyeti çerçevesinde bir seçme imkânı sunduğuna ve dava konusu işlemin, şimdiye kadar hiçbir tartışma yaratmamış eski ve yerleşik bir uygulamaya son vermek suretiyle aileleri bu imkândan mahrum ettiğine dikkat çekmiştir. Kararda; teknik yahut malî / finansal kısıtlar söz konusu olduğu takdirde, Fransız Anayasası’nın öngördüğü *mahallî idarelerin serbest idaresi (libre administration des collectivités territoriales)* ilkesi¹⁹ doğrultusunda, belediye tarafından sunulan bir kamu hizmetinin koşullarında değişiklikler yapılabileceği belirtilmiştir. Davalı idarenin ise, uyuşmazlık konusu işlemi tesis ederken, hizmetin koşullarında değişiklik yapılmasını gerektirecek teknik veya malî / finansal kısıtlara değil, yalnızca soyut bir ilkeye (lâiklik anlayışına) dayandığı vurgulanmıştır. Diğer bir ifadeyle ilk derece mahkemesi, salt lâiklik ilkesinin, yerleşik bir kamu hizmetinin koşullarında, o hizmetten yararlananların (çocukların) aleyhine değişiklik yapılması için yeterli ve hukuka uygun bir sebep teşkil etmeyeceği kanaatine varmıştır.

B. İSTİNAF MERCİİNİN KARARI²⁰

Lyon İdarî İstinaf Mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararını, dayandığı hukukî sebepler yönünden ve usul hükümlerine aykırılık sebebiyle

¹⁹ Yürürlükte bulunan 1958 Fransız Anayasası’nın konuya ilişkin m. 72/3 hükmü şu şekildedir: “Mahallî idareler, kanunda öngörülen şartlar çerçevesinde, seçilmiş meclisleri tarafından serbestçe / özgürce yönetilir ve görevlerini yerine getirmek üzere düzenleyici işlem yapma yetkisine sahiptir”.

²⁰ Cour administrative d’appel de Lyon, 23 octobre 2018, *Commune de Chalon-sur-Saône*, n° 17LY03323 et 17LY03328, (*Dalloz*, 25.10.2018), <<https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/resources/2018/10/17ly03323et17ly03328.pdf>>, Erişim Tarihi: 20.04.2022.

bozmuştur. Akabinde bizzat verdiği yeni kararda ise, farklı bir sebep göstermekle beraber, yine davalı idare işleminin hukuka aykırı olduğu ve iptali gerektiği neticesine varmıştır.

İlk derece mahkemesi, iptal kararını, dava dosyasına yalnızca İnsan Hakları Ulusal Danışma Komisyonu'nun görüşü vasıtasıyla giren ve bir milletlerarası antlaşma hükmünden türetilen çocuğun yüksek yararına *aykırılık* argümanına dayandırmıştır. İstinaf merciine göre; ilk derece mahkemesinin ne davacılar tarafından öne sürülmüş bulunan ne de kamu düzeninden sayılan²¹ böyle bir argümana (hukukî sebebe - *moyen*) istinaden iptal kararı vermesi usule aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.

Lyon İdarî İstinaf Mahkemesi, menfaat ihlâli konusunda ilk derece mahkemesi ile aynı kanaate ulaşmıştır. Derneğin amacına, dava konusu idarî işlemin Müslüman çocukları özellikle etkileme olasılığına ve Fransa'daki diğer belediyeler tarafından benzer işlemlerin yapılması ihtimaline dikkat çeken istinaf mercii, Müslüman Haklarını Savunma Birliği'nin sübjektif ehliyet sahibi olduğuna hükmetmiştir.

İstinaf mercii, kararının esasa (davalı idare işleminin hukuka uygunluğuna) ilişkin kısmında, ihtiyarî kamu hizmetlerinin iyi işleyişine odaklanmıştır. Mahkemenin akıl yürütme biçimi şöyle açıklanabilir: Okullarda yemek servisi, ihtiyarî kamu hizmetidir. Bu tür kamu hizmetlerinde idare, organizasyon açısından geniş yetkilere sahip olmakla beraber, hizmetin işleyiş koşullarında ancak o hizmete özgü gerekliliklerden kaynaklanan sebeplerle değişiklik yapabilir. Başka bir deyişle, o hizmete mahsus ihtiyaçlar yahut zorunluluklarla irtibatı olmayan herhangi bir sebep, hizmetin sunulma şartlarında değişikliğe gidilmesini meşrulaştırmaya yetmez. Lâiklik ve kamu hizmetlerinde tarafsızlık ilkeleri, okullarda yemek servisi hizmetinden yararlanabilmeleri amacıyla kişilerin dinî veya felsefî kanaatlerinin dikkate alınmasına tek başına engel teşkil etmez. Uzun zamandır (1984'ten beri) devam eden ikame menü uygulaması, kamu düzenine yönelik hiçbir sorun doğurmadığı gibi, okullarda

²¹ Fransız hukukunda idarî yargıcın re'sen araştırma yapma yetkisi, *kamu düzeninden* sayılan hususlarla sınırlıdır. Somut olayda istinaf mercii, bir milletlerarası antlaşma hükmünden elde edilen bu *moyen*'i kamu düzeninden görmemiştir. Milletlerarası antlaşmaların kamu düzeninden sayılmayacağı ve mahkemece re'sen dikkate alınmayacağı, Conseil d'État tarafından vaz' edilmiş içtihadî bir yargılama hukuku kuralıdır. Örnek kararlar için bkz. Conseil d'État, 11 janvier 1991, *Société anonyme "Morgane"*, n° 90995, <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007630981>>, Erişim Tarihi: 20.06.2022; Conseil d'État, 20 mars 2013, *Société 2H Energy*, n° 351365, <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000027198444>>, Erişim: 20.06.2022.

yemek servisi hizmetinin örgütlenmesi ve işleyişinde herhangi bir güçlük yahut aksamaya da yol açmamıştır²². Dolayısıyla, davalı idarenin yalnızca lâiklik ve kamu hizmetlerinde tarafsızlık ilkelerine dayanarak bu uygulamaya son vermesi hukuka uygun değildir. İstinaf mercii, işte bu gerekçelerle dava konusu idarî işlemleri iptal etmiştir.

C. TEMYİZ MERCİİNİN KARARI²³

Conseil d'État, istinaf mercii'nin kararını, gerekçesini tadil etmek suretiyle onamış ve davalı idarenin temyiz talebini reddetmiştir. Öncelikle şekli hukuka dair problemi ele alan Yüksek Mahkeme, ilk derece mahkemesi ve istinaf mercii'ne benzer mülahazalarla, davacı derneğin subjektif ehliyet koşulunu sağladığı neticesine ulaşmıştır.

Kararda uyumsuzluğun esasına ilişkin değerlendirmeler, muhtelif pozitif hukuk kurallarının aktarımıyla başlamaktadır. Yüksek Mahkeme, kanaatinin aşağıdaki hükümler bağlamında oluştuğunu belirtmektedir:

1) 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi'nin 10. maddesi:

“Hiç kimse kanaatleri sebebiyle, bunlar dinî mahiyette olsa dahi, tahkikata tabi tutulamaz; meğerki bu inançların açıklanması, kanunla tesis edilmiş kamu düzenini bozmuş olsun”.

2) 1958 Anayasası'nın 1. maddesinin 1. fıkrasının ilk üç cümlesi:

“Fransa; bölünmez, lâik, demokratik ve sosyal bir cumhuriyettir. Köken, ırk yahut din ayrımı yapmaksızın, bütün vatandaşların kanun önünde eşitliğini temin eder. Bütün inançlara hürmet eder”.

3) 9 Aralık 1905 tarihli Kilise - Devlet Ayrılığı Hakkında Kanun'un ilk iki maddesi:

“Cumhuriyet, vicdan hürriyetini temin eder. Kamu düzenini koruma amacıyla aşağıda getirilen sınırlamalar hariç olmak üzere, dinî vecibelerin

²² Lyon İdarî İstinaf Mahkemesi raportörü, mütalâasında; Belediyenin bu yönde hiçbir somut veri ortaya koyamadığını belirtmekte, eğer koyabilmiş olsaydı yargıçtan sebep ikamesi yapmasını talep ederek davayı kazanabileceğini ima etmektedir. Samuel Deliancourt, “Le principe de laïcité et les menus de restauration scolaires”, RFDA - Revue française de droit administratif, 2019 (3), 499-509, 507.

²³ Conseil d'État, 11 décembre 2020, *Commune de Chalon-sur-Saône*, n° 426483, (*Daloz*, 18.12.2020), <https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/ressources/2020/12/ce_10_decembre_2020_ndeg426483.pdf>, Erişim Tarihi: 15.04.2022.

serbestçe ifa edilmesini garanti eder. Hiçbir dini [resmî din olarak]²⁴ tanımaz, hiçbir dine malî destek vermez, hiçbir din görevlisine maaş ödemez”.

4) Eğitim Kodu'nun L. 141-2 numaralı maddesi:

“Devlet, kamusal eğitime dâhil olan öğrencilere din (inanç ve ibadet) hürriyetinin ve din öğretiminin sağlanması için gereken bütün tedbirleri alır”.

Conseil d'État'ya göre Anayasa'nın yukarıda nakledilen hükmü; dinî inançların, kamu otoriteleri ile fertler arasındaki ilişkileri düzenleyen müşterek kurallardan kurtulmak amacıyla kullanılmasını yasaklamaktadır. Dolayısıyla ne okullarda yemek hizmeti sunan mahallî idarelerin dinî inançlarca yasaklanmış gıdaları dikkate alarak ikame menü çıkarmak gibi bir yükümlülüğü ne de hizmetten yararlananların böyle bir menüyü bekleme hakkı vardır. Başka bir ifadeyle lâiklik ilkesi; ikame menü uygulamasının bireyler açısından bir *hak*, idare açısından ise bir *yükümlülük* olarak telakki edilmesine manidir. Bununla birlikte; lâiklik, kamu hizmetlerinde tarafsızlık ve kamu hizmetinden yararlananlar arasında eşitlik ilkelerinin, mahallî idarelerin ikame menü çıkarabilmelerinin önünde *tek başına* engel teşkil ettiği de söylenemez. Yani bu ilkeler, kategorik olarak ikame menü uygulamasını değil, bu uygulamanın idareye *dayatılmasını* men etmektedir.

Yüksek Mahkemeye göre; okullarda yemek servisi hizmetini üstlenmeyi seçen mahallî idareler, bu hizmetin koşullarını tarif ve tanzim ederken, hem hizmetin iyi işleminin gereklerini hem sahip oldukları beşerî ve malî araçları / imkânları hem de bütün çocukların hizmetten istifade edebilmelerindeki kamu yararını hesaba katmalıdır. Temyiz başvurusunda bulunan davalı idare, maddî vakıa incelemesi yapan alt derece mahkemelerine, ikame menü uygulamasının öğrenciler bakımından dinî inanç temelinde bir damgalamaya yahut fişlemeye dönüşebileceğine ilişkin iddiasını kanıtlar nitelikte bir delil de sunamamıştır. İhtiyarî bir kamu hizmetinin işleyiş şartlarını değiştiren dava konusu işlemin, sadece lâiklik ve kamu hizmetlerinde tarafsızlık ilkelerine soyut bir atıfta bulunularak gerekçelendirilmesi mümkün değildir. Conseil d'État, istinaf merciinin kararını böylece hukuka uygun bulmuştur.

IV. DEĞERLENDİRME

Fransız idare hukukunda kamu hizmetleri, kurulma ve kaldırılma şartları bakımından *meçburî kamu hizmetleri (services publics obligatoires)* ve

²⁴ Köşeli parantez içindeki ifade, çevirinin Türkçe anlamı tam olarak verebilmek için tarafımızca eklenmiştir.

ihiyarî kamu hizmetleri (services publics facultatifs) şeklinde ikiye ayrılarak incelenir²⁵. Mecburî kamu hizmetlerinin mevcudiyeti, kanunlar tarafından öngörülmüştür. İdare edilenlerin, idareden bu hizmetlerin sunulmasını ve sürdürülmesini talep etme hakkı vardır. Anayasa Konseyi (*Conseil constitutionnel*), ulusal düzeydeki bazı mecburî kamu hizmetlerinin, *anayasal değerde kural ve ilkelerden kaynaklandığı* kanaatindedir²⁶. Doktrinde *anayasal kamu hizmeti (services publics constitutionnels)* ismiyle anılan bu hizmetlerin, yasama organı tarafından dahi ortadan kaldırılamayacağı kabul edilmektedir²⁷.

İhtiyarî kamu hizmetleri, varlığı anayasa yahut kanunlarca zorunlu tutulmadığı hâlde, idarenin ihdas etmeyi seçerek üstlendiği hizmetlerdir. Conseil d'État, *Unipain* ve *Association pour la promotion de l'image* kararlarında²⁸; teşebbüs (ticarî ve sınaî faaliyetlerde bulunma) hürriyetinin, Devlet yahut mahallî idarelerce kamu hizmetinin gerekleri uyarınca yeni faaliyet alanları yaratılmasına -tek başına- engel teşkil etmediğine hükmetmiştir. Yüksek Mahkeme ayrıca, bu idarelerin, kendilerince görülen idarî kamu hizmetlerini (*service public administratif*) *tamamlayıcı* mahiyette yeni görevler yüklenebileceği kanaatindedir²⁹. Ticarî ve sınaî faaliyetler konusunda idarelerin inisiyatif alması ise, ancak kamu yararının bunu gerektirmesi (bilhassa özel girişimin yetersiz kalması) ve serbest rekabet esasına halel getirilmemesi şartıyla mümkündür³⁰.

²⁵ Ayrıma ilişkin genel bilgiler ve örnek yargı kararları için bkz. Pierre Tifine, “Droit administratif français - Cinquième Partie - Chapitre 2 : Services publics” (*Revue générale du droit on line*, 2013, numéro 4653), <www.revuegeneraledudroit.eu/?p=4653>, Erişim Tarihi: 25.05.2022.

²⁶ Conseil constitutionnel, 26 juin 1986, Décision n° 86-207 DC, <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1986/86207DC.htm>>, Erişim Tarihi: 01.06.2022.

²⁷ Francis Delpérée, “Constitution et service public”, *Revue juridique de l'Ouest*, 2006 (4), 389-403, 398.

²⁸ Conseil d'État, 29 avril 1970, *Unipain*, n° 77935, <[https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000024736671](https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007642519#:~:text=QU'IL%20RESULTE%20DE%20CE,REJET%20AVEC%20DEPENS.>, Erişim Tarihi: 03.06.2022; Conseil d'État, 26 octobre 2011, <i>Association pour la promotion de l'image</i>, n° 317827, <, Erişim Tarihi: 03.06.2022.

²⁹ Conseil d'État, 17 octobre 1997, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris*, n° 181611, <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007925503/>>, Erişim Tarihi: 03.06.2022.

³⁰ Conseil d'État, 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce de Nevers*, n° 06781, <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007637242/>>, Erişim Tarihi: 03.06.2022; Conseil d'Etat, 31 mai 2006, *Ordre des avocats du barreau de Paris*, n° 275331, <<https://>

İdarenin, mecburî kamu hizmetlerinin aksine, ihtiyarî kamu hizmetlerinin kaldırılması bakımından takdir yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir. İhtiyarî nitelikte bir kamu hizmetinin varlığını aynen devam ettirmesi, bu hizmetten yararlananlar açısından bir *hak* olarak görülmemektedir³¹. İdare, üstlendiği ihtiyarî kamu hizmetini, sürdürülmesinde herhangi bir faydanın kalmaması yahut hizmetin yeterince getirimli (*rentable* - rantabl) olmaması hâlinde kaldırabilir. Örneğin Lyon İdarî İstinaf Mahkemesi, Draguignan Belediyesince işletilen bir mezbahanın, artık rantabl olmadığı gerekçesiyle kapatılmasını hukuka uygun bulmuştur³². Conseil d'État, ihtiyarî kamu hizmetlerinin kaldırılması açısından *kısıtlı denetim* (*contrôle restreint*) yapmakta ve yalnızca *bariz değerlendirme / takdir hatası* (*erreur manifeste d'appréciation*) durumunda idare aleyhine karar vermektedir³³. Yüksek Mahkeme aynı tutumu, ihtiyarî kamu hizmetlerinin *kaldırılması* yanında, *koşullarının değiştirilmesi* hususunda da benimsemekte ve bu tür hizmetlerin organizasyonunda değişiklik yapan idarî işlemleri kısıtlı denetime tabi tutmaktadır³⁴.

Fransa'da lâiklik, ünlü idare hukukçusu Jean Rivero'nun tabiriyle, “barut kokan” bir kelimedir³⁵. Kendine özgü bir tarihî tecrübenin ürünü olan Fransız tipi lâiklik (*laïcité à la française*); faydacılığa yahut makul uzlaşmalara son derece az yer bırakan anlaşılma biçimiyle, diğer bütün modern toplumlara nazaran daha katı, daha ideolojik ve daha dogmatik bir karakter arz etmekte

www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2006-05-31/275531>, Erişim Tarihi: 03.06.2022.

³¹ Conseil d'État, 18 mars 1977, *Chambre de commerce et d'industrie de la Rochelle et autres*, n° 97939, 97940 et 97941, <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETA-TEXT000007647048>>, Erişim Tarihi: 03.06.2022.

³² Cour administrative d'appel de Lyon, 22 novembre 1994, n° 93LY00730, <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007457565>>, Erişim Tarihi: 03.06.2022.

³³ Conseil d'État, 16 janvier 1991, *Fédération nationale des associations d'usagers des transports*, n° 116212 et 116224, <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETA-TEXT000007769508>>, Erişim Tarihi: 03.06.2022.

³⁴ Conseil d'État, 19 juillet 1991, *Fédération nationale des associations d'usagers des transports*, n° 115294, <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007788845>>, Erişim Tarihi: 03.06.2022; Conseil d'État, 5 mars 2014, *Communauté d'agglomération Maubeuge-Val de Sambre*, n° 365500, <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETA-TEXT000028686287>>, Erişim Tarihi: 03.06.2022.

³⁵ Jean Rivero, “La notion juridique de laïcité”, Recueil Dalloz, 1949 (Chronique XXXIII), 137-140, 137.

ve sıklıkla hukukî tartışmalara / uyuşmazlıklara yol açmaktadır³⁶. Başlangıçta Hıristiyanlık-içi mezhep çatışmalarına ve Katolik Kilisesinin baskısına yönelik bu sert tavır, Fransa’da Müslüman nüfusun artması neticesinde, özellikle Soğuk Savaş sonrası dönemden başlamak ve 2000’li yıllarda belirginleşmek üzere hedef değiştirmiş görünmektedir. Gerçekten de yakın tarihlerde Fransız hukukunda lâiklik ilkesine ilişkin somut tartışma ve uyuşmazlıkların kahir ekseriyeti, İslâm dininin tezahürleri etrafında ortaya çıkmaktadır³⁷. Bu çalışmada incelenen Conseil d’État kararı da, davanın raportörü -eski adıyla hükümet komiseri- Laurent Cytermann’ın mütalaasında değindiği gibi, maruz kalınan “yeni tehdit” karşısında lâiklik ilkesinin adapte edilmesi bakımından önem arz etmektedir³⁸.

Fransız idare hukukunda lâiklik, kamu hizmetleri bakımından, tarafsızlık (*neutralité*) ilkesinin unsurlarından biri olarak görülür³⁹. Conseil d’État, lâiklik esasının kamu hizmetlerine yansımaya ilişkin kararlarında, kamu hizmeti görevlileri (*agents*) ile kamu hizmetinden yararlananlar (*usagers*) arasında net bir ayırım yapmaktadır. Buna göre, kamu hizmetlerini sunan görevliler, mutlak tarafsızlık (*stricte neutralité*) yükümlülüğü altında olup dinî inançlarını izhar edemezler. Yüksek Mahkeme, eğitim kamu hizmeti alanında ortaya çıkan bir uyuşmazlık vesilesiyle verdiği yargısal görüşte (*avis contentieux*); lâiklik ilkesinin, kamu hizmeti sunan görevlilerin (somut ihtilafta öğretmenlerin) dinî inançlarını ortaya koyacak şekilde giyinmelerine engel teşkil ettiği sonucuna varmıştır⁴⁰. Kamu hizmetinden yararlananlar (eğitim hizmetinde öğrenciler) ise böyle bir yükümlülüğe kural olarak tabi olmayıp dinî inançlarını açıklama hürriyetine sahiptir. Conseil d’État’ın yakın tarihli bir kararı, bu ayrıma iyi bir örnek oluşturur: Kararda yardımcı sağlık personeli yetiştiren yükseköğretim kurumlarındaki öğrencilerin, eğitim aldıkları sırada bu hürriyetten istifade edeceklerine, hastanelerde stajyer olarak buldukları esnada ise -kamu

³⁶ Baptiste Bonnet, “Repas de substitution et principe de laïcité : de l’intérêt d’un accommodement raisonnable”, AJDA - Actualité juridique : Droit administratif, 2019 (2), 117-125, 117.

³⁷ Diane Roman, “Fin des menus de substitution dans les cantines scolaires : Cochon qui s’en dédit !”, AJDA - Actualité juridique : Droit administratif, 2017, 2207-2214, 2212.

³⁸ Conclusions de Laurent Cytermann sur l’arrêt *Commune de Chalon-sur-Saône*, <https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CRP/conclusion/2020-12-11/426483?download_pdf>, Erişim Tarihi: 15.04.2022, s. 8.

³⁹ Kemal Gözler, *İdare Hukuku* (Cilt - II), 2. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2009, s. 321.

⁴⁰ Conseil d’État, 3 mai 2000, Avis 4 / 6 SSR (*Mlle Julie X...*), n° 217017, <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000008001769/>>, Erişim Tarihi: 15.06.2022.

hizmeti sunan pozisyonuna geçtikleri için- katı tarafsızlık yükümlülüğü altına gireceklerine hükmedilmiştir⁴¹.

Fransa özelinde ciddi bir toplumsal talep yahut hassasiyet noktası olarak kendini gösteren nevi şahsına münhasır lâiklik anlayışı sebebiyle, normalde beklenenin aksine, siyasî kaygılarla hareket eden yasama organının söz konusu tartışma ve uyuşmazlıklara müdahalesi, yargı mercilerinin çözümlerine nazaran daha sert olmaktadır⁴². Bu durumun en yakın örneklerinden biri, Fransa gündemini hayli meşgul eden başörtüsü tartışmasında yaşanmıştır. Conseil d'État; bir okul müdürünün kız öğrencilerin başörtüsü takmasını yasaklaması sebebiyle, Millî Eğitim Bakanlığı ve diğer iki bakanlığın kendisinden görüş talep etmesi üzerine verdiği istişarî mütalaada şu neticeye ulaşmıştır:

“(Ö)ğrencilere (...) tanınan hürriyet; çoğulculuğa ve başkalarının hürriyetlerine riayet edilmesi ve eğitim faaliyetlerine, programların içeriğine ve derslere devam mecburiyetine zarar verilmemesi kaydıyla, onların, eğitim kurumları dâhilinde dinî inançlarını açığa vurma ve beyan etme hakkına sahip olmalarını da gerektirir”⁴³.

Conseil d'État, istişarî mütalaasını takiben, yine başörtüsü konusunda önüne gelen bir uyuşmazlık vesilesiyle verdiği *Kherouaa* kararında da, hemen hemen aynı ifadeleri kullanarak hüküm kurmuştur⁴⁴. Başörtüsü bağlamında Yüksek Mahkemenin sonraki tarihli başka birçok kararıyla devam ettirilen içtihadî çizgi, şöyle özetlenebilir: kamu hizmetinden yararlanan (*usager*) konumunda bulunan öğrencilerin, dinî inançlarını açığa vurur mahiyette simgeler kullanması, kural olarak serbesttir. Bununla birlikte, somut olayın özelliklerine bağlı olarak, diğer öğrencilerin hürriyet ve onuruna müdahale, sağlık tehlikesi, kamu düzeninin yahut eğitim faaliyetinin işleyişinin bozulması gibi hâllerde yasaklama yoluna gidilebilir⁴⁵.

Başörtüsü konusunda idarî yargının *görece hürriyetçi* yaklaşımı devam etmekte iken, yasama organı meseleye müdahil olmuş ve çıkardığı 15.03.2004

⁴¹ Conseil d'État, 28 juillet 2017, *Mme C... et autres*, n° 390740, <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000035317186/>>, Erişim Tarihi: 15.06.2022.

⁴² Bonnet, s. 119.

⁴³ Conseil d'État, 27 novembre 1989, *Port du foulard islamique*, Avis n° 346.893, <<http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/avis-n-346-893-du-conseil-detat-27111989-port-du-foulard-islamique/>>, Erişim Tarihi 13.06.2022.

⁴⁴ Conseil d'État, 2 novembre 1992, *Kherouaa*, n° 130394, <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007834413/>>, Erişim Tarihi: 13.06.2022.

⁴⁵ Söz konusu yargı kararları ve daha detaylı bilgi için bkz. Gözler, s. 327-328.

tarhli Kamuya Ait Liseler, Kolejler ve Okullarda Dinî Aidiyet İzhâr Eden Kıyafet ve İşaretlerin Kullanılması Konusunda Lâiklik İlkesinin Uygulanması Hakkında Kanun⁴⁶ ile daha katı bir tutum benimsemiştir. Kamusal ilk ve orta öğretim kurumlarında, dinî aidiyeti görünür şekilde ortaya koyan (başörtüsü, kipa, haç şeklinde büyük kolye gibi) aksesuarların kullanılmasını açıkça yasaklayan Kanun, “öncesinde öğrenci ile diyalog kurulması” kaydıyla, aksi yönde davranışlara disiplin cezası verilmesinin de önünü açmıştır. Aynı dönemde, Anayasa Konseyi de, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nın anayasaya uygunluğunu denetlediği bir kararında, yeni bir lâiklik tanımı getirerek, daha müdahaleci bir anlayışa meyletmiştir. Konsey’e göre 1958 Anayasası’nın Fransa’nın lâik bir cumhuriyet olduğunu öngören 1. maddesi, “kişilerin kendilerini, dinî inançlarını kullanarak / gerekçe göstermek suretiyle, kamu otoriteleri ile bireyler arasındaki ilişkileri düzenleyen müşterek kurallardan muaf saymasını men etmektedir”⁴⁷. Benimsenen bu yeni tanım doğrultusunda, 25.03.2007 tarihli Başbakanlık Kararnamesi ile hükûmete yardımcı olmak üzere bir Lâiklik Gözetim Kurulu (*Observatoire de la laïcité*) ihdas edilmiştir⁴⁸. Medyada “burka yasası” olarak bilinen 11.10.2010 tarihli Kamusal Alanlarda Yüzün Kapatılmasının Yasaklanması Hakkında Kanun⁴⁹ ve lâiklik ilkesine aykırı idarî işlemler bakımından ayrıksı / ivedi bir yargılama usulü (*déféré-laïcité*) öngören 24.08.2021 tarihli Cumhuriyet İlkelerine Saygının Güçlendirilmesi Hakkında Kanun⁵⁰ da, söz konusu eğilimin diğer örnekleri arasında sayılabilir.

Conseil d’État, aksi yöndeki bütün gelişmelere rağmen, lâiklik ilkesini ilgilendiren ve hakkında açık kanun hükmü bulunmayan diğer konularda,

⁴⁶ Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, <<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000417977/#:~:text=%C2%AB%20Art.,une%20appartenance%20religieuse%20est%20interdit.>>, Erişim Tarihi: 15.06.2022.

⁴⁷ Conseil constitutionnel, 19 novembre 2004, Décision n° 2004-505 DC, <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004505DC.htm>>, Erişim Tarihi: 15.06.2022.

⁴⁸ “L’Observatoire de la laïcité” (*Le portail de la Fonction publique*, 15.07.2021), <<https://www.fonction-publique.gouv.fr/observatoire-de-la-laicite>>, Erişim Tarihi: 26.06.2022.

⁴⁹ Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l’espace public, <<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000022911670/>>, Erişim Tarihi: 26.06.2022.

⁵⁰ Loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République, <<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000043964778/#:~:text=I.,de%20neutralit%C3%A9%20du%20service%20public.>>, Erişim Tarihi: 26.06.2022.

az evvel temas edilen görece hürriyetçi pozisyonunu sürdürerek, içtihadî tutarlılığını korumaya çalışmıştır. Örneğin, 2013 yılında, Ombudsman'ın talebi üzerine hazırlanan ve Genel Kurul (*assemblée générale*) kararıyla kabul edilen bir raporda şu ifadeler kullanılmıştır: “lâiklik bağlamında kamu hizmetinden yararlananlar (...), kamu düzenini yahut hizmetin iyi işleyişini bozar nitelikte olmamak şartıyla, dinî kanaatlerini beyan edebilirler / açığa vurabilirler”⁵¹.

Lâiklik ilkesi, dinî inançların idarece dikkate alınmasını mutlak biçimde yasaklar mı? Conseil d'État bu soruya, yine nispeten daha özgürlükçü bir açıdan yaklaşarak, olumsuz yanıt vermektedir. Yüksek Mahkemenin 1997 senesinde verdiği bir karara⁵² konu olay şöyledir: İdarenin işlettiği (...) Ulusal Sanat ve Kültür Merkezinde karşılama personeli olarak çalışan bir kamu görevlisi, Katoliklere özgü bir dinî merasim sebebiyle mazeret izni (*autorisation d'absence*) talep etmiştir. Merkezin müdürü bu talebi “yalnızca Fransa'da yasal olarak tanınan dinî günlerde izin verilebileceği” gerekçesiyle reddetmiştir. Söz konusu ret işleminin iptali talebiyle açılan davada temyiz incelemesi yapan Conseil d'État; kanunlarda sadece bazı dinî günlerin tanınmış olmasının sınırlayıcı bir anlam taşımadığı, hizmetin normal işleyişinin gereklerine uygun olmak kaydıyla ilgili kamu görevlisine dinî inancı açısından önem taşıyan diğer günlerde de izin verilebileceği sonucuna varmıştır⁵³. Yüksek Mahkeme, idarenin dinî inançları dikkate almasını, bir imkânın ötesinde, bazı durumlarda bir gereklilik olarak dahi görebilmektedir. Örneğin daha yakın tarihli bir kararda; cezaevi yönetimlerinin, dinî inanç ve pratiklerden kaynaklanan yeme-içme kurallarının uygulanmasına mümkün olduğunca müsaade etmesi gerektiği vurgulanmıştır⁵⁴.

Kamuya ait ilköğretim (*enseignement primaire*) kurumlarında yemek servisi, belediyelerin yaklaşık %80'i tarafından sunulmakta ve neredeyse on

⁵¹ Conseil d'État, Étude demandée par le Défenseur des droits, 20 septembre 2013, <https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/ddd_avis_20130909_laicite.pdf>, Erişim Tarihi: 17.06.2022, s. 30.

⁵² Conseil d'État, 12 février 1997, *Mlle X...*, n° 125893, <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007927374/>>, Erişim Tarihi: 17.06.2022.

⁵³ Aynı yönde: Conseil d'État, 14 avril 1995, *Consistoire central des israélites de France*, n° 125148, <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007837158/>>, Erişim Tarihi: 20.06.2022.

⁵⁴ Conseil d'État, 10 février 2016, *M. A...B...*, n° 385929, <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000032008512/>>, Erişim Tarihi: 17.06.2022.

öğrenciden yedisi, bu hizmetten faydalanmaktadır⁵⁵. Okul kantinine kayıt zorunlu olmamakla birlikte, öğle arasında çocuğunu alıp tekrar okula bırakması mümkün olmayan birçok veli, bu hizmeti tercih etmek durumundadır⁵⁶. Söz konusu *filî mecburiyetin* farkında olan yasama organı da, 27.01.2017 tarihinde yaptığı değişiklikle, Millî Eğitim Kodu'na (*Code de l'éducation*) L131-13 numaralı şu hükmü eklemiştir: “Böyle bir hizmetin bulunduğu yerlerde ilköğretim okulu kantinine kaydolmak, bütün öğrenciler için bir haktır. Öğrenciler arasında durumları ve aileleri sebebiyle hiçbir ayrımcılık yapılamaz”⁵⁷.

Somut uyuşmazlığın konusunu teşkil eden ikame menü uygulamasının Fransa'da ne zaman başladığı, tam olarak bilinmemektedir. Ulusal mevzuatta konuya dair herhangi bir açık hüküm de mevcut değildir⁵⁸. Bununla birlikte Millî Eğitim Bakanlığının 21.12.1982 tarihli bir hizmet notu (*note de service*), özellikle yabancı kökenli çocuklar bakımından, yeme-içme konusunda ailevî gelenek ve alışkanlıkların dikkate alınmasını tavsiye etmektedir⁵⁹. İçişleri Bakanlığı tarafından çıkarılan 16.08.2011 tarihli Lâiklik İlkesine İlişkin Kuralların İhtarına Dair Genelge (*circulaire*) ise; dinî inanç pratiklerine göre menü çıkarılmasının ne hizmetten yararlananlar açısından bir hak ne de ilgili idareler açısından bir yükümlülük olduğunu belirtmektedir⁶⁰. Nihayet Millî Eğitim Bakanlığı tarafından yayımlanan “Okulda Lâiklik” başlıklı bir rehberde de aynı husus vurgulanmaktadır⁶¹.

⁵⁵ Défenseur des droits, Un droit à la cantine scolaires pour tous les enfants, juin 2019, <<https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/synth-rapport-cantine-num-11.06.19.pdf>>, Erişim Tarihi: 17.06.2022, s. 4.

⁵⁶ Conclusions de Laurent Cytermann, s. 1.

⁵⁷ Code de l'éducation, Article L-131-13, <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000033956550>, Erişim Tarihi: 17.06.2022.

⁵⁸ Conclusions de Laurent Cytermann, s. 2.

⁵⁹ Conclusions de Laurent Cytermann, s. 2.

⁶⁰ Ministère de l'intérieur, Circulaire du 16 août 2011 relative au rappel des règles afférentes au principe de laïcité, <<https://bodata.steinertriples.fr/IOCK1110778C.pdf>>, Erişim Tarihi: 17.06.2022. Doktrinde bir yazar, ikame menü uygulamasını “ne vatandaşlar açısından bir hak, ne de idare açısından bir yükümlülük” şeklinde nitelendiren bu ifadeyi, yaptırım ve denetimi olmaması sebebiyle hukukiliği tartışmalı olan *esnek hukuk (droit mou)* kurallarına benzetmektedir. Roseline Letteron, “A copier cent fois : On ne parle pas de laïcité à la cantine” (*Liberté, Libertés chéries*, 14.12.2020), <<http://libertescherries.blogspot.com/2020/12/a-copier-cent-fois-on-ne-parle-pas-de.html>>, Erişim Tarihi: 26.06.2022.

⁶¹ Ministère de l'Éducation nationale, de la jeunesse et des sports, La laïcité à l'école - Vademe-cum, Décembre 2021, <<https://eduscol.education.fr/document/1609/download?attachment>>, Erişim Tarihi: 17.06.2022, s. 63-64.

Conseil d'État'nın müstakar içtihadı, okullarda yemek servisinin (hem ilköğretim hem de ortaöğretim kurumları açısından) ihtiyarî kamu hizmeti niteliği taşıdığı yönündedir⁶². Bu çalışmada incelenen uyuşmazlıkta da gerek ilk derece mahkemesi gerekse istinaf ve temyiz mercileri aynı içtihadı sürdüren tespitlerde bulunmuştur. Ancak ihtilafta özellik arz eden husus, okullarda yemek servisinin ihtiyarî kamu hizmeti olup olmamasından ziyade, bu ihtiyarî kamu hizmetinin sunulma koşullarında hangi sebep(ler)le değişiklik yapılabileceği ve lâiklik ilkesinin (dolayısıyla kamu hizmetlerinde tarafsızlık ve eşitlik ilkelerinin) bu yönde tek başına bir sebep teşkil edip edemeyeceğidir. Kararın incelenmeye değer tarafı, lâiklik ilkesinin şimdiye kadar gündeme gelenlerden farklı bir konuda uygulanması bakımından bir *prensip kararı* niteliği taşımasıdır. Raportör Cytermann, Conseil d'État tarafından bu uyuşmazlıkta verilen kararın önemini, mütalâasında şöyle ortaya koymaktadır:

“Takdir edersiniz ki burada, ikame menü uygulamasının lâiklik ve kamu hizmetinin tarafsızlığı ilkeleriyle kabil-i telif olup olmadığı yanında, bir belediyenin bu uygulamaya son verme imkânı bulunup bulunmadığının da tartışılmasını gerektiren bir prensip davası söz konusudur. Mezkûr ilkeler üzerine çok sayıda ve bu ilkelerin içeriğini şekillendiren içtihadınız olmasına rağmen, henüz onları bu meseleye uygulama imkânı bulamamıştınız”⁶³.

İhtilafa bakan bütün yargı mercileri (Dijon İdare Mahkemesi, Lyon İdarî İstinaf Mahkemesi ve Conseil d'État); ikame menü uygulamasının kaldırılmasına yönelik dava konusu idarî işlemi sebep unsuru açısından hukuka aykırı bulmuştur. Uyuşmazlığı ele alan mahkemelerin hepsi; lâiklik ilkesinin, dava konusu işlem bakımından yeterli / hukuka uygun bir sebep teşkil etmediği konusunda da hemfikirdir. Bununla birlikte, kararların gerekçeleri farklılık arz etmektedir. İlk derece mahkemesi, taraflarca öne sürülmemiş olmasına rağmen, iptal kararını esas itibarıyla Çocuk Hakları Sözleşmesi tarafından

⁶² Conseil d'État, 5 octobre 1984, *Commissaire de la République de l'Ariège contre Commune de Lavelanet*, n° 47875, <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007695764/>>, Erişim Tarihi: 03.06.2022; Conseil d'État, 24 juin 2019, *Département d'Indre-et-Loire*, n° 409659, <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000038679149/>>, Erişim Tarihi: 03.06.2022. Ortaöğretim kurumlarına ilişkin ikinci karar hakkında ayrıca bkz. Jean-Marc Pastor, “La restauration dans les collèges n'est pas un service public obligatoire” (*Dalloz*, 01.07.2019), <<https://www.dalloz-actualite.fr/flash/restauration-dans-colleges-n-est-pas-un-service-public-obligatoire#.YppQinZBzIV>>, Erişim Tarihi: 18.05.2022; Mathieu Touzeil-Divina, “Restauration en collège : le service public qu'on croyait facultatif !”, *La Semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales*, 2019 (26), 9.

⁶³ Conclusions de Laurent Cytermann, s. 3.

korunan çocuğun yüksek yararına dayandırmış ve lâiklik konusunda dikkate değer bir tartışma yürütmemiştir. Dijon İdare Mahkemesinin, re'sen ve doğrudan doğruya bir uluslararası sözleşme hükmüne atıf yapmak itibarıyla cesur, lâiklik (ve kamu hizmetlerinde tarafsızlık) meselesini yeterince ele almamak bakımından ise pragmatik davrandığı söylenebilir⁶⁴.

İstinaf mercii, ne davacıların ne de davalı idarenin dile getirdiği bir uluslararası sözleşme hükmünün re'sen dikkate alınamayacağı sonucuna ulaşarak, bizzat verdiği yeni iptal kararını, ihtiyarî kamu hizmetlerinin koşullarının, o hizmetin iyi işlemesiyle doğrudan ilgisi olmayan bir sebeple değiştirilemeyeceği fikrine dayandırmıştır. Daha açık bir söyleyişle, Lyon İdarî İstinaf Mahkemesi, hukukî tartışmanın zeminini çocuğun yüksek yararından *ihtiyarî kamu hizmetlerinin gereği gibi işlemesine* kaydırmıştır. Lâiklik ilkesinin ikame menü uygulamasına tek başına engel teşkil etmeyeceği vurgulanmakla beraber, bu kararda da lâiklik meselesi ikinci plânda kalmıştır. Temyiz mercii ise, ihtiyarî kamu hizmetlerinin o hizmete özgü ihtiyaçlar haricinde de revize edilebilmesine *teorik bir yeşil ışık* yakarak problemin merkezine lâiklik ilkesini oturtmuş ve lâiklik ilkesinin *somut olay bağlamında* yeterli bir sebep oluşturmadığı kanaatine varmıştır.

Aynı neticeye ulaşmış olmalarına rağmen, Lyon İdarî İstinaf Mahkemesi ile Conseil d'État'nın pozisyonları arasındaki ince -fakat kanaatimizce önemli- ayırım üzerinde daha dikkatli durmak gerekir. İstinaf mercii, mahallî idarelerce üstlenilen ihtiyarî kamu hizmetlerinin koşullarında, *yalnız ve ancak* o hizmete özgü gerekliliklerden kaynaklanan sebeplerle değişiklik yapılabileceği kanaatindedir. Başka bir deyişle, Lyon İdarî İstinaf Mahkemesi, o hizmete mahsus ihtiyaçlar yahut zorunluluklarla irtibatı olmayan muhtelif ve potansiyel değişiklik sebeplerini kategorik olarak dışlamaktadır. Conseil d'État ise, ihtiyarî kamu hizmetlerinin işleyiş koşulları değiştirilirken hizmete has ihtiyaçların dikkate alınması lüzumuna dikkat çekmekle beraber, muhtemel değişiklik sebeplerini sadece bu ihtiyaçlarla bağlantılı olanlar ile sınırlamamaktadır. *Mahkeme nezdinde kanıtlanabilir müşahhas olgulara dayanılmak kaydıyla, pekâlâ lâiklik yahut kamu hizmetlerinde tarafsızlık gibi o hizmete özgü olmayan ilkeler de, ihtiyarî kamu hizmetlerinin işleyiş koşullarında yapılacak bir değişikliğin sebebi olabilecektir.* Diğer bir ifadeyle Conseil d'État, ihtiyarî kamu hizmetleri açısından mahallî idarelere daha geniş bir manevra alanı tanımakta ve somut vakıalarla desteklenebildiği takdirde

⁶⁴ Roman, s. 2208; ayrıca bkz. François-Julien Defert, "La laïcité ne suffit pas à motiver la suppression des menus de substitution", AJ Collectivités Territoriales, 2018, 35-36, 36.

lâiklik gibi o hizmete has olmayan ilkelerin de hizmetin işleyiş koşullarında değişiklik sebebi teşkil etmesine açık kapı bırakılmaktadır. Böylece Yüksek Mahkeme, istinaf merciinin nispeten talî bir mesele olarak tartıştığı lâiklik prensibine, hem önündeki uyuşmazlık hem de müstakbel-benzer uyuşmazlıklar bakımından daha merkezî ve belirleyici bir konum tayin etmiş olmaktadır⁶⁵.

Yüksek Mahkeme kararında bir yandan; *lâiklik, dinî inançların, kamu otoriteleri ile fertler arasındaki ilişkileri düzenleyen müşterek kurallardan kurtulmak amacıyla kullanılmasını yasaklar* diyerek Anayasa Konseyinin yeni lâiklik yorumuna riayet ettiğini göstermekte⁶⁶, diğer yandan ise *lâiklik, mahallî idarelerin ikame menü çıkarabilmelerinin önünde tek başına engel teşkil etmez* diyerek görece hürriyetçi konumunu muhafaza etmeye çalışmaktadır. Anlaşılan o ki Conseil d'État, içtihadını Anayasa Konseyinin (ve Fransız toplumunun) yeni -daha sert- lâiklik yorumuyla telif ederken, mantikî tutarlılığı ve özgürlükçülüğü de elden bırakmama gayretindedir. Böylece dinî inançların idare-birey ilişkisini düzenleyen müşterek kurallardan kurtulmak amacıyla kullanılması yasağının, söz konusu müşterek kurallar oluşturulurken vatandaşların dinî inançlarının hiçbir şekilde dikkate alınmaması anlamına gelmediği ortaya konmuştur.

Son olarak, kararın şekli hukuka (menfaat ihlâli koşuluna) bakan yönü üzerinde de durmak gerekir. Conseil d'État, 2002 ve 2004 yıllarında verdiği iki kararla⁶⁷, ülke çapında faaliyet gösteren ve ulusal düzeyde amaçlar benimseyen derneklerin, yalnızca belli bir yörede / mahallî ölçekte etki doğuran idarî işlemlere karşı açılacak iptal davalarında subjektif ehliyeti bulunmadığı yönünde bir içtihadî kural vaz' etmiştir. Akabinde, 2015 yılında verdiği bir karar⁶⁸ vesilesiyle, dava konusu idarî işlemin -özellikle temel hak ve hürriyetler alanında- tesis edildiği yörenin dışına sirayet eden dolaylı etkilerde bulunma potansiyeli bakımından bu kurala istisna getirmiştir. Yüksek

⁶⁵ Aynı yönde: Anne Fornerod, "Menus de substitution dans les cantines scolaires : un cocktail laïque ?", Revue du droit des religions, 2021 (12), 177-183, 180-181.

⁶⁶ Aynı yönde: Fornerod, s. 182.

⁶⁷ Conseil d'État, 29 avril 2002, *Association « en toute franchise »*, n° 227742, <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000008109917/>>, Erişim Tarihi: 26.05.2022; Conseil d'État, 23 février 2004, *Communauté de communes du pays Loudunais*, n° 250482, <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000008138645/>>, Erişim Tarihi: 26.05.2022.

⁶⁸ Conseil d'État, 14 novembre 2015, *Association Ligue des droits de l'homme*, n° 375178, <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000031427873/>>, Erişim Tarihi: 26.05.2022.

Mahkeme, 2017 ve 2018 yılında verdiği iki kararında⁶⁹, söz konusu istisnaya ilişkin içtihadını devam ettirmiştir.

Somut olayda gerek ilk derece mahkemesi gerekse istinaf ve temyiz mercileri, Müslüman Haklarını Savunma Birliği adlı davacı derneğin, ulusal düzeyde amaçlara sahip olmakla beraber, dava konusu mahallî idare işlemi açısından menfaat ihlâli koşulunu sağladığı kanaatine varmıştır. İncelenen karar, şekli hukuka temas eden bu yönüyle, ülke çapında faaliyet gösteren derneklerin mahallî (*yalnızca belli bir yöreye* münhasır olarak tesis edilen) işlemlere karşı iptal davası açmakta menfaati bulunmadığı şeklindeki içtihadî kurala, yine içtihat yoluyla getirilen istisnanın bir uygulaması niteliğindedir. Conseil d'État böylece, temel hak ve hürriyetler alanında *domino etkisi* yaratma ihtimali olan idarî işlemlere karşı açılan iptal davalarında, menfaat ihlâli koşulunu geniş (davacılar lehine) yorumlama eğilimini sürdürmüştür.

SONUÇ

Fransa'da giderek artan ve sosyal hayata dâhil olan Müslüman nüfus, lâiklik ilkesiyle bağlantılı yeni tartışmalar ve hukukî uyuşmazlıklar doğurmaktadır. Söz konusu yeni problemlerin henüz başladığı yıllarda Conseil d'État, gerek vatandaşların dinî aidiyetlerini kamusal alanda ifade etmesi gerekse idarenin kamu hizmetlerinde dinî inançları dikkate alması hususunda görece hürriyetçi bir tavır takınmıştır. Kamuoyunun tepkilerine karşı daha duyarlı olan yasama organı ise, aynı problemler karşısında daha dar ve müdahaleci bir lâiklik anlayışına meyletmiştir. Anayasa Konseyi de, yasama organının bu eğilimine uyum sağlamak amacıyla lâiklik ilkesine daha katı bir yorum getirmiştir.

Conseil d'État'nın *Commune de Chalon-sur-Saône* kararı, kamuya ait okul kantinlerinde domuz içerikli yemeklere alternatif sunulmasından ibaret bulunan ikame menü uygulamasının ilk kez hukukî değerlendirmeye konu edilmiş olması bakımından önem arz etmektedir. Karara konu olayda *Chalon-sur-Saône* Belediye Meclisi, ilgili düzenleyici işlemde değişiklik yaparak, lâiklik (ve kamu hizmetlerinde tarafsızlık) gerekçesiyle ikame menü uygulamasına son vermiştir. Bu işleme karşı ulusal çapta faaliyet gösteren bir dernek ve belde sakini bazı gerçek kişiler iptal davası açmıştır.

⁶⁹ Conseil d'État, 7 février 2017, *Association AIDES et autres*, n° 392758, <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000034013210>>, Erişim Tarihi: 26.05.2022; Conseil d'État, 3 décembre 2018, *Ligue des droits de l'homme*, n° 409667, <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000037683074/>>, Erişim Tarihi: 26.05.2022.

İlk derece mahkemesi, meseleye çocuğun yüksek yararı açısından yaklaşmış ve ikame menü uygulamasının kaldırılmasına ilişkin davalı idare işlemini Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne aykırılık sebebiyle iptal etmiştir. İstinaf mercii ise, taraflarca öne sürülmeyen hâllerde uluslararası sözleşmelerin re'sen araştırma kapsamına girmeyeceği yolundaki yerleşik içtihadî kural uyarınca ilk derece mahkemesinin kararını bozmuş ve dava konusu işlemi, ihtiyarî kamu hizmetlerinin koşullarında ancak bu hizmetlerin iyi işleyişine özgü sebeplerle değişikliğe gidilebileceği gerekçesiyle iptal etmiştir.

Temyiz incelemesi yapan Conseil d'État, ihtiyarî kamu hizmetlerinin koşullarında, hizmetin iyi işleyişiyle doğrudan ilgisi bulunmayan ilkeler sebebiyle de değişiklik yapılabileceğine işaret ederek, tartışmayı lâiklik zeminine çekmiş ve lâiklik ilkesinin, somut olay bağlamında ikame menü uygulamasının önünde tek başına engel teşkil etmediği sonucuna varmıştır. Bununla birlikte Yüksek Mahkeme; *lâiklik ilkesinin, dinî inançların kamu otoriteleri ile fertler arasındaki ilişkileri düzenleyen müşterek kurallardan kurtulmak amacıyla kullanılmasını yasakladığı* tespitinde bulunarak, Anayasa Konseyi'nin güncellenmiş lâiklik yorumuna riayet etmiş ve başka somut olaylarda farklı sonuçlara ulaşabileceğini hissettirmiştir⁷⁰. Conseil d'État böylece; İslâmî pratikler karşısında takındığı nispeten özgürlükçü tutumu, başta kanun koyucu olmak üzere diğer devlet organlarının benimsediği yeni ve daha sert lâiklik anlayışıyla -olabildiğince- bağdaştırmaya çalışmıştır.

⁷⁰ Nitekim Yüksek Mahkeme, tam da bu satırların kaleme alındığı günlerde verdiği yeni bir kararında, kamuya ait havuzlarda tesettür mayo (*burkini*) giyilmesine imkân veren Grenoble Belediyesi işleminin durdurulmasına yönelik ilk derece mahkemesi kararını, işlemin lâiklik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle hukuka uygun bularak onamıştır. Conseil d'État, 21 juin 2022, *Commune de Grenoble*, n° 464648 (Juge des référés), <<https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2022-06-21/464648>>, Erişim Tarihi: 25.06.2022.

KAYNAKÇA

- Bonnet B, “Repas de substitution et principe de laïcité : de l’intérêt d’un accommodement raisonnable”, AJDA - Actualité juridique : Droit administratif, 2019 (2), 117-125.
- Conseil d’État, Étude demandée par le Défenseur des droits, 20 septembre 2013, <https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/ddd_avis_20130909_laicite.pdf>, Erişim Tarihi: 17.06.2022.
- Défenseur des droits, Un droit à la cantine scolaires pour tous les enfants, juin 2019, <<https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/synth-rapport-cantine-num-11.06.19.pdf>>, Erişim Tarihi: 17.06.2022.
- Defert F J, “La laïcité ne suffit pas à motiver la suppression des menus de substitution”, AJ Collectivités Territoriales, 2018, 35-36.
- Deliancourt S, “Le principe de laïcité et les menus de restauration scolaires”, RFDA - Revue française de droit administratif, 2019 (3), 499-509.
- Delpérée F, “Constitution et service public”, Revue juridique de l’Ouest, 2006 (4), 389-403
- Diane Roman, “Fin des menus de substitution dans les cantines scolaires : Cochon qui s’en dédit !”, AJDA - Actualité juridique: Droit administratif, 2017, 2207-2214
- “Fini les menus de substitution à la cantine de Châlon-sur-Saône” (*Ouest France*, 17.03.2015), <<https://www.ouest-france.fr/societe/laicite-fini-les-menus-de-substitution-la-cantine-de-chalon-sur-saone-3260112>>, Erişim Tarihi: 18.02.2022.
- Fornierod A, “Menus de substitution dans les cantines scolaires : un cocktail laïque ?”, Revue du droit des religions, 2021 (12), 177-183.
- “Gironde : les plats de substitution au porc supprimés à la cantine d’Arveyres” (*Sud Ouest*, 05.03.2013), <<https://www.sudouest.fr/gironde/arveyres/gironde-les-plats-de-substitution-au-porc-supprimees-a-la-cantine-d-arveyres-8690826.php>>, Erişim Tarihi: 18.02.2022.
- Gözler K, İdare Hukuku (Cilt - II), 2. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2009.

Lagelle A, “Le défenseur des droits : un ombudsman à la française”, *Revue juridique de l’Ouest*, 2009 (4), 443-457.

“Le maire de Chalon-sur-Saône supprime le menu de substitution au porc, la polémique enfle” (*L’Express*, 17.03.2015), <https://www.lexpress.fr/actualite/societe/le-maire-de-chalon-sur-saone-supprime-le-menu-de-substitution-au-porc-la-polemique-enfle_1662105.html>, Erişim Tarihi: 18.02.2022.

“Le porc ne sera plus remplacé par un plat de substitution dans une cantine de la Sarthe” (*franceinfo*, 09.12.2014), <https://www.francetvinfo.fr/societe/education/les-enfants-qui-ne-mangent-pas-de-porc-n-auront-plus-de-plat-de-substitution-dans-une-ecole-de-la-sarthe_768545.html>, Erişim Tarihi: 18.02.2022.

Letteron R, “A copier cent fois : On ne parle pas de laïcité à la cantine” (*Liberté, Libertés chéries*, 14.12.2020), <<http://libertescherries.blogspot.com/2020/12/a-copier-cent-fois-on-ne-parle-pas-de.html>>, Erişim Tarihi: 26.06.2022.

“L’institution” (*Commission nationale consultative des droits de l’homme*), <<https://www.cncdh.fr/fr/linstitution>>, Erişim Tarihi: 01.03.2022.

“L’Observatoire de la laïcité” (*Le portail de la Fonction publique*, 15.07.2021), <<https://www.fonction-publique.gouv.fr/lobservatoire-de-la-laicite>>, Erişim Tarihi: 26.06.2022.

Ministère de l’Education nationale, de la jeunesse et des sports, La laïcité à l’école - Vademecum, Décembre 2021, <<https://eduscol.education.fr/document/1609/download?attachment>>, Erişim Tarihi: 17.06.2022.

Pastor J M, “La restauration dans les collèges n’est pas un service public obligatoire” (*Dalloz*, 01.07.2019), <<https://www.dalloz-actualite.fr/flash/restauration-dans-colleges-n-est-pas-un-service-public-obligatoire#.YppQinZBzIV>>, Erişim Tarihi: 18.05.2022.

Rivero J, “La notion juridique de laïcité”, *Recueil Dalloz*, 1949 (Chronique XXXIII), 137-140.

Tifine P, “Droit administratif français - Cinquième Partie - Chapitre 2 : Services publics” (*Revue générale du droit on line*, 2013, numéro 4653), <www.revuegeneraledudroit.eu/?p=4653>, Erişim Tarihi: 25.05.2022.

Touzeil-Divina M, “Restauration en collège : le service public qu’on croyait facultatif !”, La Semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales, 2019 (26), 9.

UNICEF, “Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ve İhtiyari Protokoller, Usûl Kuralları ile Çocuk Hakları Komitesi Genel Yorumları” (*UNICEF Türkiye*, 20.06.2019), <<https://www.unicef.org/turkey/raporlar/%C3%A7hds-ve-ihtiyari-protokoller-usul-kurallar%C4%B1-ile-%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1-komitesi-genel-yorumlar%C4%B1>>, Erişim Tarihi: 29.03.2022.

KARARLAR

Conclusions de Laurent Cytermann sur l’arrêt *Commune de Chalon-sur-Saône*, <https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CRP/conclusion/2020-12-11/426483?download_pdf>, Erişim Tarihi: 15.04.2022.

Conseil constitutionnel, 26 juin 1986, Décision n° 86-207 DC, <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1986/86207DC.htm>>, Erişim Tarihi: 01.06.2022.

Conseil constitutionnel, 19 novembre 2004, Décision n° 2004-505 DC, <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004505DC.htm>>, Erişim Tarihi: 15.06.2022.

Conseil d’État, 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce de Nevers*, n° 06781, <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETA-TEXT000007637242/>>, Erişim Tarihi: 03.06.2022.

Conseil d’État, 29 avril 1970, *Unipain*, n° 77935, <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007642519#:~:text=QU’IL%20RESULTE%20DE%20CE,REJET%20AVEC%20DEPENS.>>, Erişim Tarihi: 03.06.2022.

Conseil d’État, 18 mars 1977, *Chambre de commerce et d’industrie de la Rochelle et autres*, n° 97939, 97940 et 97941, <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007647048>>, Erişim Tarihi: 03.06.2022.

Conseil d’État, 5 octobre 1984, *Commissaire de la République de l’Ariège contre Commune de Lavelanet*, n° 47875, <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007695764/>>, Erişim Tarihi: 03.06.2022.

Conseil d’État, 27 novembre 1989, *Port du foulard islamique*, Avis n°

346.893, <<http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/avis-n-346-893-du-conseil-detat-27111989-port-du-foulard-islamique/>>, Erişim Tarihi 13.06.2022.

Conseil d'État, 11 janvier 1991, *Société anonyme "Morgane"*, n° 90995, <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007630981>>, Erişim Tarihi: 20.06.2022.

Conseil d'État, 16 janvier 1991, *Fédération nationale des associations d'usagers des transports*, n° 116212 et 116224, <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007769508>>, Erişim Tarihi: 03.06.2022.

Conseil d'État, 19 juillet 1991, *Fédération nationale des associations d'usagers des transports*, n° 115294, <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007788845>>, Erişim Tarihi: 03.06.2022.

Conseil d'État, 2 novembre 1992, *Kherouaa*, n° 130394, <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007834413>>, Erişim Tarihi: 13.06.2022.

Conseil d'État, 14 avril 1995, *Consistoire central des israélites de France*, n° 125148, <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007837158>>, Erişim Tarihi: 20.06.2022.

Conseil d'État, 12 février 1997, *Mlle X...*, n° 125893, <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007927374>>, Erişim Tarihi: 17.06.2022.

Conseil d'État, 17 octobre 1997, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris*, n° 181611, <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007925503>>, Erişim Tarihi: 03.06.2022.

Conseil d'État, 3 mai 2000, *Avis 4 / 6 SSR (Mlle Julie X...)*, n° 217017, <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000008001769>>, Erişim Tarihi: 15.06.2022.

Conseil d'État, 29 avril 2002, *Association « en toute franchise »*, n° 227742, <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000008109917>>, Erişim Tarihi: 26.05.2022.

Conseil d'État, 23 février 2004, *Communauté de communes du pays Loudunais*, n° 250482, <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000008138645>>, Erişim Tarihi: 26.05.2022.

Conseil d'État, 31 mai 2006, *Ordre des avocats du barreau de Paris*, n° 275331, <<https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2006-05-31/275531>>, Erişim Tarihi: 03.06.2022.

Conseil d'État, 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image*, n° 317827, <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETA-TEXT000024736671>>, Erişim Tarihi: 03.06.2022.

Conseil d'État, 20 mars 2013, *Société 2H Energy*, n° 351365, <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000027198444>>, Erişim: 20.06.2022.

Conseil d'État, 5 mars 2014, *Communauté d'agglomération Maubeuge-Val de Sambre*, n° 365500, <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETA-TEXT000028686287>>, Erişim Tarihi: 03.06.2022.

Conseil d'État, 14 novembre 2015, *Association Ligue des droits de l'homme*, n° 375178, <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETA-TEXT000031427873>>, Erişim Tarihi: 26.05.2022.

Conseil d'État, 10 février 2016, *M. A... B...*, n° 385929, <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000032008512>>, Erişim Tarihi: 17.06.2022.

Conseil d'État, 7 février 2017, *Association AIDES et autres*, n° 392758, <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000034013210>>, Erişim Tarihi: 26.05.2022.

Conseil d'État, 28 juillet 2017, *Mme C... et autres*, n° 390740, <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000035317186>>, Erişim Tarihi: 15.06.2022.

Conseil d'État, 3 décembre 2018, *Ligue des droits de l'homme*, n° 409667, <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000037683074>>, Erişim Tarihi: 26.05.2022.

Conseil d'État, 24 juin 2019, *Département d'Indre-et-Loire*, n° 409659, <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000038679149>>, Erişim Tarihi: 03.06.2022.

Conseil d'État, 11 décembre 2020, *Commune de Chalon-sur-Saône*, n° 426483, (*Dalloz*, 18.12.2020), <https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/resources/2020/12/ce_10_decembre_2020_ndeg426483>.

pdf>, Erişim Tarihi: 15.04.2022.

Conseil d'État, 21 juin 2022, *Commune de Grenoble*, n° 464648 (Juge des référés), <<https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2022-06-21/464648>>, Erişim Tarihi: 25.06.2022.

Cour administrative d'appel de Lyon, 22 novembre 1994, n° 93LY00730, <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007457565>>, Erişim Tarihi: 03.06.2022.

Cour administrative d'appel de Lyon, 23 octobre 2018, *Commune de Chalon-sur-Saône*, n° 17LY03323 et 17LY03328, (*Dalloz*, 25.10.2018), <<https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/resources/2018/10/17ly03323et17ly03328.pdf>>, Erişim Tarihi: 20.04.2022.

Tribunal administratif de Dijon, 28 août 2017, *Ligue de défense judiciaire des musulmans*, n° 1502100 et 1502726, (*Dalloz*, 04.09.2017), <https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/resources/2017/09/ta_dijon_28_aout_2017_1502100.pdf>, Erişim Tarihi: 03.03.2022.

**YAPAY ZEKA TEKNOLOJİLERİNİN ORTAYA KOYDUĞU
BULUŞLARIN PATENTLENEBİLİRLİĞİ
(AVUSTRALYA FEDERAL MAHKEMESİ'NİN 30.07.2022 TARİHLİ
KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ)**

*Patentability of the Inventions made by AI Technologies (A Review of the
Australian Federal Court's Decision of 30.07.2022)*

Aybike TUNÇ*

Özet

Dava, Stephan Thaler tarafından geliştirilmiş olan, üzerinde çalıştığı konuyla ilgili sorunları hiçbir insan müdahalesi olmaksızın kendi kendine tespit ederek yeni çözümler getirebilen, DABUS isimli yapay zeka teknolojisi ile çalışan sistemin ortaya koyduğu buluşların patentlenmesine ilişkindir. Avustralya Patent Kurumu'nun yapay zeka teknolojisi ile çalışan sistemler, yasal kişiliğe sahip olmadıkları gerekçesiyle geliştiricinin başvurusunu reddetmesi üzerine geliştirici Avustralya Federal Mahkemesi'ne başvurmuştur. Mahkeme patent kurumunun red kararını iptal etmiş ve sözkonusu patent başvurusunda buluşcusu olarak DABUS'un kaydedilmesine hükmetmiştir. Bu çalışmada da öncelikle sözkonusu karar incelenecek, ardından yapay zeka teknolojilerinin ortaya koyduğu buluşların patentlenmesine ilişkin uluslararası hukukta verilmiş kararlar incelenecek ve ardından Türk Patent ve Marka Kurumu'na benzer bir başvurunun yapılması ihtimalinde verilmesi olası karara değinilecektir.

Anahtar Kelimeler: Yapay Zeka, Patent, Yasal Kişilik

Abstract

The case is about the patenting of an invention by an AI based system called DABUS, which can detect the problems related to the subject it is working on by itself and bring new solutions without any human intervention. The developer, Mr. Stephan Thaler; applied to the Federal Court of Australia after the Australian Patent Institute rejected the application for the reason that AI based systems do not have legal personhood. The court annulled the decision of the patent institution and ruled that DABUS should be registered as the inventor in the patent application. In this study, the Federal Court of Australia's decision will be examined, then the decisions in international law regarding the patenting of inventions revealed by artificial intelligence technologies

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

e-posta: aybike.tunc@hbv.edu.tr, **ORCID:** 0000-0001-5837-9170)

will be examined and then the possible decision to be given in case of a similar application to the Turkish Patent and Trademark Office will be mentioned.

Keywords: *Artificial Intelligence, Patent, Legal Personhood*

I. DEĞERLENDİRMEMİZE KONU KARARIN ÖZETİ

Geliştiricisi Stephan Thaler, DABUS¹ tarafından hiçbir insan müdahalesi olmaksızın ortaya konulan, geliştirilmiş bir yiyecek kabı ve arama kurtarma faaliyetlerinde kullanılan bir nöral alev cihazının patentlenmesi ve buluşçu olarak DABUS'un kaydedilmesi için Avustralya Patent Kurumu'na başvurmuştur. Avustralya Patent Kurumu, Avustralya Patent Kanunu gereğince yalnızca gerçek kişilerin buluşçu olabileceği gerekçesiyle başvuruyu reddetmiştir². Akabinde Thaler, Kanun'da yalnızca patent sahipliği için kişilik şartı arandığı gibi buluşçu olmak için hiçbir şart aranmadığı ve Kanun'un buluşçu dışında birinin patent sahibi olarak kaydedilmesine cevaz verdiği, dolayısıyla DABUS'un buluşçu, "şeye sahip olan meyvelerine de sahip olur" ilkesi gereğince de kendisinin patent sahibi olarak kaydedilmesi gerektiği talebiyle Avustralya Patent Kurumu'nun kararını temyiz etmiştir³.

Avustralya Federal Mahkemesi, hüküm vermeden önce patent, patent sahibi ve buluşçu kavramlarının üzerinde durmuştur. Kararda da belirtildiği üzere, Avustralya Patent Kanunu⁴ md. 7 vd. hükümleri gereğince bir buluşun patentlenebilmesi için yeni olma, yaratıcı olma ve faydalı olma özelliklerinin bir arada bulunması şartı aranmaktadır. Bu üç şartın eksiksiz olarak gerçekleşmesi halinde kanun, başka hiçbir şart aramamaktadır. Bir başka ifadeyle kanun, buluşçu kavramını tanımlamaktan kaçınmış ve buluşçunun bir şey ya da kişi olup olmaması hususunda hiçbir düzenleme getirmemiştir⁵.

¹ DABUS isimli sistem, 2019 tarihinde Amerikan Patent ofisi tarafından patentlenmiş bir yapay zeka sistemidir. Ayrıntılı bilgi için bkz: <https://patents.justia.com/patent/10423875> (erişim tarihi: 29.06.2022).

² IP Australia Australian Patent Office, Stephen L. Thaler [2021] APO 5 (9 February 2021), Patent Application: 2019363177, <http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/APO/2021/5.html> (erişim tarihi: 29.06.2022).

³ Federal Court Of Australia, Thaler v Commissioner of Patents [2021] FCA 879, <https://www.judgments.fedcourt.gov.au/judgments/Judgments/fca/single/2021/2021fca0879> (erişim tarihi: 29.06.2022).

⁴ <https://www.legislation.gov.au/Details/C2019C00088>

⁵ Stephen L. Thaler [2021] APO 5, pr. 10

Mahkemeye göre buluşçu ve patent sahibi kavramları birbirlerinden bağımsız kavramlardır. Buluşçu, yeni bir buluş ortaya koyan şeyi ifade ederken; patent sahibi, sözkonusu buluşu kontrol eden, üzerinde tasarruf eden, mülkiyetine sahip olan kişiyi ifade etmektedir. Buluşçunun patent sahibi olarak başvurması mümkündür; ancak bu ihtimal, buluşçunun da mutlaka kişi olması gerektiği yanılığını doğurmamalıdır⁶. Kanun, md. 15 hükmünde⁷ yalnızca patent sahibi olmak için kişi olma şartını aramış, yukarıda da belirtildiği üzere buluşçuyu tanımlamaktan kaçınmıştır. Avustralya Federal Mahkemesi yukarıda açıklanan sebeplerle yapay zekanın buluşçu olarak kaydedilmesinde hiçbir engel olmadığı değerlendirmesinde bulunmuş⁸ ve Avustralya Patent Kurumu'nun red kararını iptal etmiştir⁹. Böylece Federal Mahkeme kararıyla DABUS'un yapmış olduğu buluşlar, buluşçusu yapay zeka; patent sahibi de Stephan Thaler olarak Avustralya'da patentlenmişlerdir.

II. ULUSLARARASI HUKUKTA YAPAY ZEKA TEKNOLOJİLERİNİN ORTAYA KOYDUĞU BULUŞLARIN PATENTLENMESİNE İLİŞKİN VERİLMİŞ KARARLAR

Uluslararası hukukta bugüne dek patent başvurularına konu olan tek yapay zeka buluşçu, DABUS'tur. Stephan Thaler, Avustralya Patent Kurumu'na yapmış olduğu başvurudan önce, sırasıyla Avrupa Patent Ofisi'ne, Birleşik Krallık Fikri Mülkiyet Ofisi'ne, Birleşik Devletler Patent ve Marka Ofisi'ne ve son olarak da Güney Afrika Patent Kurumu'na başvurularında bulunmuştur. Biz de çalışmamızda sırayla bu kurumların ve temyiz edilen kararlar hakkında ilgili mahkemelerin verdiği hükümlere genel çerçeveleriyle yer vereceğiz.

A. AVRUPA PATENT OFİSİ (EPO)

Stephan Thaler, Avrupa Patent Ofisi (EPO)'ne önce 17 Ekim 2018 tarihinde DABUS'un buluşçusu olduğu yiyecek kabı daha sonra, 7 Kasım 2018 tarihinde ise nöral alev cihazının patentlenmesi için başvurmuş; EPO bu başvuruları birleştirip tek bir başvuru olarak değerlendirmiş¹⁰.

EPO, Stephan Thaler'ın başvurusunu reddetmiş ve red kararını genel

⁶ Stephen L. Thaler [2021] APO 5, pr. 12

⁷ <https://www.legislation.gov.au/Details/C2019C00088>

⁸ Stephen L. Thaler [2021] APO 5, pr. 120

⁹ Stephen L. Thaler [2021] APO 5, pr. 227

¹⁰ J 0008/20 (Designation of inventor/DABUS) of 21.12.2021, <https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/recent/j200008eu1.html> (erişim tarihi: 29.06.2022), pr. 1.

olarak iki gerekçeye dayandırmıştır. Bunlardan ilki, karara konu başvurunun Avrupa Patent Sözleşmesi (EPC) md. 81¹¹ hükmüne, özellikle de açıklayıcı hüküm md. 19¹²'da yer alan düzenlemeye aykırı olmasıdır. Buna göre, bir patent başvurusunda buluşçunun adı, soyadı, ülkesi ve ikamet ettiği adres açıkça belirtilmelidir. EPO, yalnızca gerçek kişilerin adı, soyadı, ikamet adresi olabileceği gerekçesiyle buluşçunun da mutlaka gerçek kişi olması gerektiği sonucuna varmış ve bir makinanın bu koşulları sağlayamadığı gerekçesiyle başvuruyu reddetmiştir¹³.

Red kararında EPO'nun dayandığı ikinci gerekçe ise Stephan Thaler'ın EPC md. 81 hükmü gereğince patent başvurusunda bulunabilmesinin mümkün olmamasıdır. Zira md. 81 hükmü gereğince buluşçu olmayan birisinin patent başvurusunda bulunabilmesi için patent hakkının nasıl kazanılmış olduğunu gösteren bir beyana ihtiyacı vardır. Yine EPC md. 60 hükmü¹⁴ gereğince ancak buluşçunun kendisi ya da halefi patent başvurusunda bulunabilir. İstisnai olarak buluşçunun işçi sıfatıyla çalıştığı hallerde işverenin patent başvurusunda bulunma hakkı vardır. Her ne kadar Stephan Thaler, sahip olduğu yapay zekanın yapmış olduğu buluş için tıpkı bir işveren gibi başvuruda bulunabileceğini savunsa da EPO, yasal kişiliğe sahip olmadığı için bir makinanın işçi olarak değerlendirilebilmesinin mümkün olmadığını ifade etmiştir¹⁵.

EPO'nun red kararına karşı Thaler, temyize başvurmuş; fakat Temyiz Kurulu 21 Aralık 2021 tarihinde EPO'nun verdiği kararın yerinde olduğuna hükmetmiş ve Thaler'ın temyiz başvurusunu reddetmiştir¹⁶.

B. İNGİLTERE

Stephan Thaler, tıpkı EPO'ya yapmış olduğu başvurularda olduğu gibi

¹¹ https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/epc/2020/e/EPC_conv_20220401_en_20220323.pdf (erişim tarihi: 29.06.2022).

¹² <https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/epc/2020/e/r19.html> (erişim tarihi: 29.06.2022).

¹³ J 0008/20 (Designation of inventor/DABUS) of 21.12.2021, pr. 4.

¹⁴ https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/epc/2020/e/EPC_conv_20220401_en_20220323.pdf (erişim tarihi: 29.06.2022).

¹⁵ J 0008/20 (Designation of inventor/DABUS) of 21.12.2021, pr. 15, (a), (ii).

¹⁶ <https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/pdf/j200008eu1.pdf> (erişim tarihi: 29.06.2022).

yine önce DABUS'un buluşcusu olduğu yiyecek kabı, daha sonra da nöral alev cihazının patentlenmesi için Birleşik Krallık Fikri Mülkiyet Ofisi (UK IPO)'ne başvurmuştur¹⁷. UK IPO, başvuruları İngiliz Patent Kanunu md. 7 ve md. 13 hükümlerine aykırılık gerekçesiyle reddetmiştir¹⁸. Zira İngiliz Patent Kanunu md. 7 hükmünde buluşçu kavramı tanımlanmış ve md. 13 hükmünde de başvuru sahibinin buluşçudan başka bir kişi olması hali düzenlenmiştir. UK IPO bu iki hükmü birlikte değerlendirdiğinde buluşçunun mutlaka bir kişi olması gerektiği sonucuna varmış ve bir makinanın kişiliğinden bahsedilemeyeceğini öne sürerek her iki patent başvurusunu da reddetmiştir¹⁹.

Thaler, UK IPO'nun red kararını tarafsız dinlenilme hakkı ihlal edildiği ve kanunun doğru yorumlanmadığı gerekçeleriyle temyiz etmiştir²⁰. Ancak İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi (England and Wales High Court), DABUS hukuken kişi olmadığı için buluşçu olamayacağı ve Thaler'ın patent sahibi olarak başvurma hakkına sahip olduğunu ispatlayan bir belge sunamadığı gerekçeleriyle UK IPO'nun kararını yerinde bulmuştur²¹.

İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi'nin kararının ardından Thaler, Birleşik Krallık İstinaf Mahkemesi'ne (England and Wales Court of Appeal) başvurmuştur. İstinaf Mahkemesi de tıpkı UK IPO ve Yüksek Mahkeme gibi yapay zekanın buluşçu olabilmesinin mümkün olmadığı sonucuna varmıştır²². Bunun yanı sıra mevcut yasalar çerçevesinde yapay zeka tarafından gerçekleştirilmiş bir buluş için yapay zekanın sahibinin patent başvurusunda bulunabilmesinin mümkün olmadığı ve bu sebeple Thaler'ın başvurusunun reddedilmesinin yerinde olduğu sonucuna varmış²³; ancak olması gereken hukuk açısından konunun tartışmaya açık olduğuna, bir başka ifadeyle makinalar tarafından icat edilen bir buluşun patentlenebilmesi için yasa değişikliğine ihtiyaç duyulduğuna dikkat çekmiştir²⁴.

¹⁷ GB1816909.4 and GB1818161.0, <https://www.ipo.gov.uk/p-challenge-decision-results/o74119.pdf> (erişim tarihi: 01.07.2022).

¹⁸ GB1816909.4 and GB1818161.0, pr. 10 vd.

¹⁹ GB1816909.4 and GB1818161.0, pr. 18.

²⁰ Thaler v Comptroller General of Patents Trade Marks And Designs [2021] EWCA Civ 1374, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2021/1374.html> (erişim tarihi: 01.07.2022).

²¹ Thaler v Comptroller General of Patents Trade Marks And Designs, pr. 22-23.

²² Thaler v Comptroller General of Patents Trade Marks And Designs, pr. 123.

²³ Thaler v Comptroller General of Patents Trade Marks And Designs, pr. 103.

²⁴ Thaler v Comptroller General of Patents Trade Marks And Designs, pr. 103.

C. AMERİKA

Thaler, 29 Temmuz 2019 tarihinde Birleşik Devletler Patent ve Marka Ofisi'ne (USPTO) de aynı şekilde DABUS'un buluşu, kendisinin de buluşların patent sahibi olarak kaydedilmesi için başvurmuş; ancak USPTO 20 Ocak 2020 tarihinde bu başvuruyu reddetmiştir²⁵. USPTO'nun kararının gerekçesi de tıpkı önceki red gerekçelerinde olduğu gibi, buluşunun mutlaka insan olması gerektiği ve yapay zekanın buluşçu olarak kaydedilmesinin mümkün olmadığı savına dayanmaktadır²⁶. Zira Amerikan Birleşik Devletler Kanunu (USC) md. 100-f hükmünde buluşçu tanımlanmış ve açık bir şekilde buluşunun yalnızca kişi olabileceği ifade edilmiştir²⁷.

USPTO'nun red kararına karşı Thaler, Kuzey Virginia Bölge Mahkemesi'nde (The United States District Court For The Eastern District Of Virginia) temyize gitmiştir²⁸. Mahkeme de tıpkı USPTO gibi USC md. 100-f hükmünü buluşunun mutlaka gerçek kişi olması gerektiği şeklinde yorumlamış ve red kararının yerindelğine hükmetmiştir²⁹. Bunun yanı sıra Bölge Mahkemesi, bugün için yapay zekanın buluşçu olarak kaydedilebilecek yeterlikte olmadığına, birgün teknoloji o seviyeye ulaşırsa da yapay zekanın buluşçu olarak kabul edilmesinin USPTO ya da mahkeme aracılığıyla olamayacağına, ancak ve ancak parlamentoda patent hukukuna ilişkin yapılacak değişikliklerle bunun mümkün olabileceğine işaret etmiştir³⁰.

Ç. GÜNEY AFRİKA

DABUS'un buluşlarının patentlenmesi talebiyle Avustralya Patent Kurumu'ndan önce yapılan son başvuru, Güney Afrika Patent Kurumu'na yapılmıştır ve bu başvuru ile 24 Haziran 2021 tarihinde ilk kez bir yapay zeka resmi otoriteler tarafından buluşçu olarak kabul edilmiştir³¹. Patent

²⁵ Petition Decision – In re Appl. No. 16/524,350 (“DABUS”), https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/16524350_22apr2020.pdf (erişim tarihi: 03.07.2022)

²⁶ Appl. No. 16/524,350, sh. 3.

²⁷ Kanun hükmü için bkz: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/35/100>

²⁸ Stephen Thaler v. Andrew Hirshfeld, United States District Court For The Eastern District Of Virginia, <https://haugpartners.com/wp-content/uploads/2021/12/U.S.-Thaler-v-Hirshfeld-No.-20-903-ECF-33-Sept.-2-2021.pdf> (erişim tarihi: 03.07.2022).

²⁹ Thaler v. Hirshfeld, sh. 12 vd.

³⁰ Thaler v. Hirshfeld, sh. 17-18.

³¹ ZA 2021/03242 , <https://www.ipwatchdog.com/wp-content/uploads/2021/07/AP7471ZA00-Notice-of-Acceptance-1.pdf>

Ofisi yayınlamış olduğu kabul metninde yalnızca şekli şartların yerine getirildiğinden bahsedilmiş, gerekçeli karara yer verilmemiştir. Ancak doktrinde Güney Afrika hukuku açısından yapay zekanın buluşçu olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı, dolayısıyla sözkonusu kararın hukuka aykırı olduğu yönünde eleştiriler bulunmaktadır³².

III. KONUNUN TÜRK HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Türk hukukunda patent ve patentlenebilirlik şartları 6769 sy. Sınai Mülkiyet Kanunu md. 82 ve devamı hükümlerinde düzenlenmiştir. Madde 82 hükmü gereğince “*Teknolojinin her alanındaki buluşlara yeni olması, buluş basamağı içermesi ve sanayiye uygulanabilir olması şartıyla patent verilir*”. Dolayısıyla Türk hukukunda bir buluşun patentlenebilmesi için aranan 3 şart bulunmaktadır; yeni olan, buluş basamağı içeren ve sanayiye uygulanabilir olan her buluş Türk hukukunda patentlenebilmektedir.

Kanun koyucu, buluş kavramını tanımlamaktan kaçınmış ve 6769 sy. Kanun md. 82/II hükmünde nelerin buluş sayılmadığını saymakla yetinmiştir³³. Kanun koyucu buluş kavramı gibi buluşçu kavramını tanımlamaktan da kaçınmış ve patent başvurusu için gerekli belgelerin düzenlendiği 6769 sy. Kanun md. 90 hükmünün 5. fıkrasında “*Buluşu yapan, başvuruda belirtilir. Ancak buluşu yapan, isminin gizli tutulmasını isteyebilir. Başvuru sahibinin buluşu yapan olmaması veya buluşu yapanlardan sadece biri veya birkaçı olması hâlinde bu kişiler, patent başvuru hakkını ne şekilde elde ettiklerini başvuruda açıklamak zorundadır.*” demekle yetinmiştir.

Türk kanun koyucu, her ne kadar buluşçu kavramını tanımlamaktan kaçınmış ve açık bir şekilde kişi olma şartı aramamış olsa da “*...buluşu*

³² Sözkonusu yazarlar ve görüşleri için bkz: BAYINDIR, Anıl Sena, Yapay Zeka Teknolojilerinin Ortaya Koyduğu Buluşların Patentlenebilirliği, Ankara 2022, sh. 81.

³³ “*Patentlenebilir buluşlar ve patentlenebilirliğin istisnaları*
MADDE 82- ...

(2) *Aşağıda belirtilenler buluş niteliğinde sayılmaz. Patent başvurusu veya patentin aşağıda belirtilen konu veya faaliyetlerle ilgili olması hâlinde, sadece bu konu veya faaliyetlerin kendisi patentlenebilirliğin dışında kalır:*

- a) *Keşifler, bilimsel teoriler ve matematiksel yöntemler.*
- b) *Zihni faaliyetler, iş faaliyetleri veya oyunlara ilişkin plan, kural ve yöntemler.*
- c) *Bilgisayar programları.*
- ç) *Estetik niteliği bulunan mahsuller; edebiyat ve sanat eserleri ile bilim eserleri.*
- d) *Bilginin sunumu.”*

yapan, isminin gizli tutulmasını isteyebilir...” ifadesiyle buluşçunun mutlaka yasal kişiliğe sahip olması gerektiğini örtülü olarak ifade etmiştir. Zira kanun koyucu “isminin gizli tutulması” diyerek MK md. 26 anlamında adın korunması hakkına atıfta bulunmaktadır ve adın korunması hakkı, yalnızca kişilere ait bir haktır.

Türk Patent ve Marka Kurumu’na yapay zeka tarafından icad edilen bir buluşun patentlenmesine ilişkin bir başvuru henüz yapılmamıştır. Böyle bir başvuru yapılması ihtimalinde, yapay zeka hukuken kişi olarak kabul edilmediği için ne patent sahibi ne de buluşçu olarak tescil edilebilmesi mümkündür.

SONUÇ

Bir zamanlar bilim kurgu edebiyatının konusu olmaktan öteye geçemeyen yapay zeka, bugün gündelik hayatımızın ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir. Her alanda hayatımızı kolaylaştırmaya yardımcı olan yapay zeka teknolojileri, artık bununla da yetinmeyip yeni ürünler ortaya koymaya başlamışlardır.

Bir toplumsal düzen kuralı türü olarak hukuk, toplumsal düzene dair her alanı düzenlemekle mükelleftir. Hukukun, toplumda var olan herhangi bir konuyu, bilinçli boşluk halleri dışında, görmezden gelmesi kabul edilemez. Kaldı ki bilinçli boşluk hallerinde dahi kanun koyucu, bir çerçeve düzenleme getirmekte, bu düzenlemenin içeriğinin doldurulmasını uygulayıcıya bırakmaktadır³⁴. Bu nedenledir ki hukuk sistemlerinin geliştirmekte olan yapay zeka teknolojilerine gözlerini kapatması ve konuyu düzenlemekten kaçınması mümkün değildir.

Bugün mevcut hukuk sistemleri açısından yapay zekanın kişi olarak kabul edilebilmesi mümkün olmadığı için patent hakkı sahipliğinin de sözkonusu olabilmesi mümkün değildir. Yine benzer şekilde pek çok hukuk sistemi açısından yapay zekanın hukuken kişiliğinin olmaması, bağımsız bir şekilde ortaya koyduğu ürünlerin buluşçusu olarak kabul edilmesine de engel olmaktadır. Fakat tıpkı İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi’nin ve Kuzey Virginia Bölge Mahkemesi’nin de belirttiği üzere konuya ilişkin yeni yasal düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır. Zira sırf yeni bir ürün ortaya koyan yapay zeka sisteminin maliki olduğu için bir kişinin hiçbir dahli olmaksızın ortaya konan ürünün buluşçusu olarak kabul edilebilmesi her ne kadar mevcut

³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz: AKTAŞ, Sururi, *Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı*, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt XIV, Sayı 1-2, sh. 14.

hukuk sistemleri açısından hukuki olsa da etik değildir ve hukukun en kısa zamanda bu yanıştan dönmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Basılı Kaynaklar

AKTAŞ, Sururi: Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt XIV, Sayı 1-2.

BAYINDIR, Anıl Sena: Yapay Zeka Teknolojilerinin Ortaya Koyduğu Buluşların Patentlenebilirliği, Ankara 2022.

İnternet Kaynakları

<https://patents.justia.com/patent/10423875>

<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/APO/2021/5.html>

<https://www.judgments.fedcourt.gov.au/judgments/Judgments/fca/single/2021/2021fca0879>

<https://www.legislation.gov.au>

<https://www.epo.org>

<https://www.ipo.gov.uk/p-challenge-decision-results/o74119.pdf>

<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2021/1374.html>

https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/16524350_22apr2020.pdf

<https://haugpartners.com/wp-content/uploads/2021/12/U.S.-Thaler-v-Hirshfeld-No.-20-903-ECF-33-Sept.-2-2021.pdf>

<https://mevzuat.gov.tr>

